

**ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM**

NADRUK VERBODEN

Erasmus School of Economics

Masterscriptie Fiscale Economie



## **Hybride financieringen**

Een onderzoek naar de aanpak van de Nederlandse wetgever en de rol van de  
belastingrechter

Naam: P.T.F.C. Verbeek

Studentnummer: 360808

Scriptiebegeleider: drs. M.H.M. Smeets

Tweede beoordelaar: prof. dr. P. Kavelaars

Datum: 18 januari 2018

Plaats: Rotterdam

# Inhoudsopgave

<b>1. Inleiding</b> .....	<b>4</b>
1.1 Aanleiding.....	4
1.2 Probleemstelling .....	6
1.2.1 Deelvragen .....	7
1.3 Toetsingskader .....	7
1.4 Opzet.....	9
1.5 Afbakening.....	9
<b>2. Hybride financieringen</b> .....	<b>10</b>
2.1 Inleiding .....	10
2.2 Kwalificatie van eigen vermogen en vreemd vermogen.....	10
2.2.1 Civielrechtelijke kwalificatie.....	10
2.2.2 Fiscaalrechtelijke kwalificatie.....	13
2.2.3 Besluit hybride geldverstrekkingen .....	15
2.3 Fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen .....	17
2.3.1 Achtergrond.....	17
2.3.2 Aftrekbaarheid en belastbaarheid van de vergoeding.....	17
2.3.3 Waardemutaties .....	19
2.3.4 Verstoring in de kapitaalmarkt.....	19
2.4 Wat is een hybride financiering? .....	20
2.5 Gevolgen van hybride financieringen.....	21
2.5.1 Fiscale gevolgen.....	21
2.5.2 Maatschappelijke gevolgen .....	22
2.6 Conclusie.....	24
<b>3. De Nederlandse hybride financieringswetgeving</b> .....	<b>27</b>
3.1 Inleiding .....	27
3.2 Art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969.....	27
3.2.1 Achtergrond.....	27
3.2.2 “Feitelijk functioneren als eigen vermogen”: van 2002-2007 wettelijk gedefinieerd.....	28
3.2.3 Herziening van art. 10, lid 1, onderdeel d.....	29
3.3 Art. 13, lid 3, onderdeel b Wet VPB 1969 (2002-2007).....	30
3.3.1 Achtergrond.....	30
3.3.2 Grensoverschrijdende situaties .....	31
3.4 Art. 13, lid 17 Wet VPB 1969.....	34
3.4.1 Achtergrond.....	34

3.4.2	<i>Mondiale reikwijdte</i> .....	34
3.4.3	<i>Aftrekbaarheid van de vergoeding</i> .....	35
3.4.4	<i>Toepassingsbereik</i> .....	38
3.5	De antibelastingontwijkingsrichtlijn (ATAD 1 & 2).....	40
3.5.1	<i>Toepassingsbereik ATAD 2</i> .....	41
3.5.2	<i>'Hybrid mismatch' onder ATAD 2</i> .....	42
3.5.3	<i>Voorkomingsmethodiek</i> .....	44
3.6	Conclusie.....	46
<b>4.</b>	<b>Beoordeling van de Nederlandse hybride financieringswetgeving</b> .....	<b>50</b>
4.1	Inleiding .....	50
4.2	Art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969.....	50
4.3	Art. 13, lid 3, onderdeel b Wet VPB 1969 (2002-2007).....	52
4.4	Art. 13, lid 17 Wet VPB 1969.....	55
4.5	Conclusie.....	59
<b>5.</b>	<b>De rol van de rechter</b> .....	<b>62</b>
5.1	Inleiding .....	62
5.2	Methoden van rechtsvinding.....	62
5.3	Jurisprudentie.....	67
5.4	Analyse .....	70
5.5	Conclusie.....	71
<b>6.</b>	<b>Conclusie</b> .....	<b>75</b>
	<b>Bijlagen</b> .....	<b>82</b>
	<b>Literatuurlijst</b> .....	<b>84</b>

## Lijst van gebruikte afkortingen

A-G	Advocaat Generaal
art.	Artikel
ATAD	Anti Tax Avoidance Directive
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BNB	Beslissingen in Nederlandse Belastingzaken
EC	Europese Commissie
EcoFin	Europese raad van ministers van financiën
EU	Europese Unie
FM	Fiscale Monografieën
HR	Hoge Raad
HvJ	Hof van Justitie van de Europese Unie
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
NOB	de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
NJ	Nederlands Juristenblad
nr.	nummer
NTR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NTR-A	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht - Artikelen
NTR-B	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht - Beschouwingen
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
ond.	onderdeel
p.	pagina
par.	paragraaf
r.o.	rechtsoverweging
RvdW	Rechtspraak van de Week
Stb.	Staatsblad
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
V-N	Vakstudie-Nieuws
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet VPB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht

# 1. Inleiding

## 1.1 Aanleiding

De laatste jaren heeft het maatschappelijk debat over belastingontwijking en -ontduiking een enorme vlucht genomen. De maatschappelijke ontevredenheid over multinationale ondernemingen die door middel van fiscale constructies hun belastingdruk kunnen verlagen, is aanzienlijk gegroeid.<sup>1</sup> Fiscale structuren waarbij gebruik wordt gemaakt van zogenoemde ‘hybrid mismatches’ zijn daarbij een belangrijk doelwit geworden. Dergelijke structuren spelen in op de verschillen tussen (belasting)regels van twee of meer landen die ertoe leiden dat belastingheffing geheel of gedeeltelijk achterwege blijft of wordt uitgesteld.<sup>2</sup>

Als gevolg van deze maatschappelijke ontwikkelingen zag de (internationale) politiek zich genoodzaakt om te reageren. In maart 2012 heeft de OESO – na een reeks eerdere publicaties<sup>3</sup> - de eerste belangrijke stap gezet door middel van de publicatie van het rapport: ‘Hybrid mismatch arrangements: Tax Policy and compliance issues’ (hierna: “het HMA-rapport”).<sup>4</sup> Het HMA-rapport geeft aan dat, ondanks het ontbreken van concrete data, de bedragen verbonden aan hybride structuren zeer substantieel zijn. In de Verenigde Staten zou het bedrag gemoeid met slechts elf van deze structuren naar schatting oplopen tot 3,5 miljard euro.<sup>5</sup> In navolging van het HMA-rapport heeft de OESO in 2015 het eindrapport van het project ‘Base Erosion and Profit Shifting’ (hierna: “BEPS”) gepresenteerd. Het eindrapport bestaat uit vijftien actieplannen, waarvan één actieplan (hierna: “BEPS Actie 2”) specifiek gericht is op het bestrijden van ‘hybrid mismatches’.<sup>6</sup> In BEPS Actie 2 worden aanbevelingen gedaan over hoe om te gaan met kwalificatieverschillen tussen landen. Dit actieplan is één van de belangrijkste aandachtsgebieden van het BEPS-project, zo niet het allerbelangrijkste.<sup>7</sup>

Niet alleen de OESO houdt zich druk bezig met het bestrijden van ‘hybrid mismatches’, ook de Europese Commissie (hierna: “EC”) heeft recentelijk actie ondernomen. Lange tijd is het binnen de Europese

---

<sup>1</sup> Zie o.a. Kleinnijenhuis, J., en Kuijpers, K., ‘Waar je je Nike’s ook koopt, de kassa rinkelt in Holland’, *Trouw* 6 november 2017, Groot, G. de, ‘Onder druk gezet Apple vindt nieuwe belastingroutes’, *Het Financieele Dagblad* 6 november 2017 en het rapport van de Parlementaire ondervragingscommissie Fiscale constructies naar aanleiding van de verhoren omtrent belastingontwijking (*Kamerstukken II* 2016-2017, 34 566, nr. 4).

<sup>2</sup> Fibbe, G.K., OESO en Europese Commissie op oorlogspad tegen hybride structuren, in: *k Moet eerlijk zeggen (Van Arendonkbundel)*.

<sup>3</sup> Zie o.a. OESO, ‘Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue’, mei 1998 en OESO, ‘Application of the Model Tax Convention to Partnerships’, *Issues in International Taxation*, nr. 6.

<sup>4</sup> OESO, ‘Hybrid mismatch arrangements: Tax Policy and compliance issues’, maart 2012.

<sup>5</sup> De OESO zegt hierover het volgende: “Although there are no comprehensive data on the collective tax revenue loss caused by hybrid mismatch arrangements, anecdotal evidence shows that the amounts at stake in a single transaction or series of transactions are substantial.” OESO, ‘Hybrid mismatch arrangements: Tax Policy and compliance issues’, maart 2012, p. 5.

<sup>6</sup> OESO, ‘BEPS Action 2: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements’, oktober 2015.

<sup>7</sup> De Graaf, A.C.G.A.C., Internationale oplossingen voor hybrid mismatch arrangements in: *k Moet eerlijk zeggen (Van Arendonkbundel)*.

Unie (hierna: “EU”) moeilijk gebleken om gezamenlijke maatregelen te nemen tegen ‘hybrid mismatches’. Dit komt voor een groot gedeelte door het feit dat lidstaten soeverein willen blijven op het gebied van de directe belastingen en unanimité een vereiste is voor het nemen van gezamenlijke maatregelen.<sup>8</sup> Hier is vanaf 2016 echter verandering in gekomen. Ten eerste is vanaf 2016 de Moederdochterrichtlijn (hierna: “MDR”) aangepast.<sup>9</sup> Daarnaast hebben de lidstaten van de EU op 12 juli 2016 akkoord bereikt over een antibelastingontwikingsrichtlijn<sup>10</sup> (hierna: “ATAD 1”) waarin onder meer een bepaling is opgenomen die zich richt op het tegengaan van de gevolgen van ‘hybrid mismatches’. Aangezien de ATAD 1 een richtlijn is, zal deze eerst in de nationale wetgeving van de lidstaten moeten worden geïmplementeerd. Voor de bepaling omtrent ‘hybrid mismatches’ geldt als uiterste implementatiedatum 1 januari 2020. Mede gelet op de zeer korte tijdsduur waarin overeenstemming is bereikt tussen de lidstaten, kan de ATAD 1 als een ware mijlpaal worden beschouwd. In navolging van de ATAD 1 is op 21 februari 2017 overeenstemming bereikt over een amendering van de ATAD 1.<sup>11</sup> De geamendeerde richtlijn (hierna: “ATAD 2”) heeft als belangrijk kenmerk dat de voorgeschreven regelgeving omtrent ‘hybrid mismatches’ niet alleen binnen de EU, maar ook in relatie tot landen buiten de EU van toepassing is. Het ontbreken van deze zogenoemde ‘derdenwerking’ was een groot gemis in de ATAD 1 omdat hybride structuren gemakkelijk verplaatst konden worden naar landen buiten de EU om de werking van de ATAD 1 te ontgaan. Dit is door middel van de ATAD 2 een stuk lastiger geworden.

Belastingplichtigen die gebruikmaken van ‘hybrid mismatches’ kunnen zich bedienen van verschillende vormen van ‘hybrid mismatches’. In de literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen ‘hybrid mismatches’ als gevolg van entiteiten, financieringen, transacties, vaste inrichtingen, ‘dual resident’-situaties en geïmporteerde ‘mismatches’.<sup>12</sup> In deze scriptie zal onderzoek worden gedaan naar een specifieke ‘hybrid mismatch’, te weten hybride financieringen. Dit zijn financieringsinstrumenten met kenmerken van zowel eigen vermogen als vreemd vermogen waardoor deze in grensoverschrijdende situaties door het ene land als eigen vermogen en door het andere land als vreemd vermogen kunnen worden gekwalificeerd. Dit is fiscaal van belang omdat de vergoeding op vreemd vermogen (rente) in beginsel aftrekbaar is van de winst, maar de vergoeding op eigen vermogen (dividend) niet. Daarnaast is de fiscale behandeling bij de ontvanger van de vergoeding ook afhankelijk van de kwalificatie eigen vermogen of vreemd vermogen. Veel landen belasten namelijk de inkomsten uit vreemd vermogen, maar stellen de inkomsten uit eigen vermogen vrij van belasting.

---

<sup>8</sup> Nouwen, M.F., WFR 2016/221, par. 1.

<sup>9</sup> Richtlijn 2014/86/EU.

<sup>10</sup> Richtlijn 2016/1164/EU, ‘ATAD 1’.

<sup>11</sup> Richtlijn 2017/952/EU, ‘ATAD 2’.

<sup>12</sup> Zie onder meer Marres, O.C.R., NTFR-B 2017/18, par. 9.

Gelet op de bovenstaande problematiek zag de wetgever zich genoodzaakt om actie te ondernemen. In de loop der jaren zijn verschillende maatregelen getroffen om de gevolgen van hybride financieringsstructuren te bestrijden. Veel van deze maatregelen zijn (herhaaldelijk) aangepast en een enkele bepaling is zelfs afgeschaft. Dit toont aan dat de problematiek omtrent hybride financieringen niet alleen aan vele ontwikkelingen onderhevig is, maar ook bijzonder complex kan zijn. Daar komt bij dat binnen de EU ook afspraken worden gemaakt om onder meer hybride financieringen te bestrijden. Zoals hierboven aangegeven dient Nederland bijvoorbeeld op grond van de overeengekomen ATAD (1 & 2), vóór 1 januari 2020 nieuwe wetgeving te introduceren die in lijn is met de bepalingen uit de richtlijn. In de literatuur wordt dan ook opgemerkt dat het eind van de wetwijzigingen op het gebied van hybride financieringen nog niet in zicht is.<sup>13</sup>

Het volume en de – om politieke of budgettaire redenen – geboden haast<sup>14</sup> bij het implementeren van maatregelen ter bestrijding van hybride financieringen en ‘hybrid mismatches’ in het algemeen heeft ertoe geleid dat veel druk is komen te staan op de wetgever. Deze ontwikkelingen kunnen tot gevolg hebben dat bepaalde omstandigheden door de wetgever over het hoofd worden gezien, waardoor de wetgeving tekort schiet en ‘gaten’ kunnen ontstaan. Indien gevallen voor de rechter komen waarbij dergelijke onvoorziene omstandigheden aan het licht komen, ziet de rechter zichzelf voor de vraag gesteld of het zijn taak is om dit op te lossen. Een voorbeeld van een serie arresten waar de Hoge Raad dit uiteindelijk wel heeft gedaan, zijn de zogenoemde ‘kostenarresten’.<sup>15</sup> Uitgaande van een ‘redelijke wetstoepassing’ en de beoogde samenhang tussen de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting, dichtte de Hoge Raad zelfstandig een bepaald heffingslek. Er bestaat echter discussie over de vraag of deze ‘redelijke wetstoepassingsgedachte’ zonder meer door te trekken is naar (grensoverschrijdende) situaties tussen twee vennootschappen.<sup>16</sup>

## 1.2 Probleemstelling

Gegeven de problematiek en ontwikkelingen op het gebied van hybride financieringen staat in deze masterscriptie de volgende probleemstelling centraal:

*Is de aanpak van de Nederlandse wetgever met het oog op de bestrijding van hybride financieringen adequaat en is bij deze aanpak nog een rol voor de rechter weggelegd?*

---

<sup>13</sup> Van den Bos, A.J., NTFR 2017/706.

<sup>14</sup> Zie bijvoorbeeld de opmerkingen van de vaste commissie van Financiën met betrekking tot het niet in acht nemen van de gebruikelijke termijnen voor de nationale parlementen voorafgaande aan het politiek akkoord over de ATAD 2. Brief van de vaste commissie van Financiën van 19 april 2017, nr. 160541.02U.

<sup>15</sup> HR 8 juli 1986, BNB 1986/293-297.

<sup>16</sup> Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 3.8 Wet IB 2001, aantekening 6.12.1 (online, bijgewerkt 14-12-2017).

### 1.2.1 Deelvragen

De probleemstelling zal aan de hand van de onderstaande deelvragen worden uitgewerkt:

*Hoofdstuk 2: Hoe ontstaan hybride financieringen en wat zijn de gevolgen daarvan?*

*Hoofdstuk 3: Welke maatregelen ter bestrijding van hybride financieringen heeft Nederland getroffen en welke gevolgen heeft de ATAD voor deze maatregelen?*

*Hoofdstuk 4: Zijn de Nederlandse maatregelen ter bestrijding van hybride financieringen adequaat?*

*Hoofdstuk 5: Heeft de rechter de mogelijkheid om in concrete situaties de gevolgen van hybride financieringen te voorkomen?*

### 1.3 Toetsingskader

Om te beoordelen of de Nederlandse aanpak ter bestrijding van hybride financieringen adequaat is, wordt gebruik gemaakt van verschillende toetsingscriteria. Deze toetsingscriteria zijn enerzijds ontleend aan de criteria opgenomen in het algemeen wetgevingsbeleid van de overheid<sup>17</sup> en anderzijds gebaseerd op discussies in de fiscale literatuur.

- *Doeltreffendheid:* Dit criterium geeft weer in welke mate een maatregel tot de verwezenlijking van de door de wetgever beoogde doelstellingen leidt.<sup>18</sup> Uitgangspunt van de wetgever in de strijd tegen ‘hybrid mismatches’ in het algemeen is dat een maatregel de *gevolgen* van de specifieke ‘hybrid mismatch’ moet “neutraliseren”.<sup>19</sup>
- *Doelmatigheid:* Wetgeving is doelmatig indien met de beschikbare middelen tegen zo laag mogelijke kosten een zo groot mogelijk effect wordt bereikt.<sup>20</sup> Met andere woorden, staan, gegeven de doelstellingen, de kosten van de maatregelen in verhouding tot de opbrengsten daarvan?<sup>21</sup> Omdat de maatschappelijke kosten van de maatregelen tegen hybride financieringen lastig zijn te kwantificeren, vindt de toetsing plaats op kwalitatieve wijze.
- *Uitvoerbaarheid:* Voor wetten die beogen gedragsveranderingen bij burgers, bedrijven en instellingen te bewerkstelligen, is de uitvoerbaarheid essentieel.<sup>22</sup> Hierbij moet rekening worden gehouden met de complexiteit van de maatregelen en de administratieve lasten voor burgers, bedrijven en instellingen. Aan de andere kant is het voor de overheid natuurlijk relevant dat zij

---

<sup>17</sup> *Kamerstukken II* 1990-1991, 22 008, nr. 1-2.

<sup>18</sup> *Kamerstukken II* 1990-1991, 22 008, nr. 1-2, p. 25.

<sup>19</sup> Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 5 oktober 2015, Appreciatie uitkomst BEPS-project en vooruitblik Nederlands fiscaal vestigingsklimaat, nr. IZV/2015/657M.

<sup>20</sup> Vermeend, W., WFR 1996/209, ond. 4.2.

<sup>21</sup> Tigelaar, Y.M., in: *Bedrijfsopvolging bij natuurlijk personen (FM 141)*, par 1.4.

<sup>22</sup> *Kamerstukken II* 1990-1991, 22 008, nr. 1-2, p. 27.



naleving van de maatregelen moet kunnen afdwingen. Belangrijke factoren hierbij zijn de capaciteit en deskundigheid van het uitvoerend orgaan (de Belastingdienst).

- *Vestigingsklimaat*: Nederland is van oudsher een land met een aantrekkelijk vestigingsklimaat voor (buitenlandse) ondernemingen. Dit vestigingsklimaat stimuleert bedrijven om in Nederland te investeren waardoor economische groei en werkgelegenheid worden bevorderd. Het belastingstelsel van Nederland speelt hier uiteraard een belangrijke rol in. De aanpak van hybride financieringen creëert een spanningsveld met dit vestigingsklimaat. Enerzijds wil Nederland zich proactief inzetten in de strijd tegen hybride financieringen, anderzijds wil het een aantrekkelijk vestigingsklimaat behouden voor buitenlandse investeringen.<sup>23</sup>
- *Publieke opinie*: Hierbij wordt gekeken naar hoe de media een maatregel beoordelen. Daarnaast is bij dit toetsingscriterium van belang of een maatregel bij het grote publiek bekend is en of deze begrijpelijk is. Dit criterium is relevant omdat de publieke opinie de oorzaak is geweest waarom het maatschappelijk debat en de strijd tegen ‘hybrid mismatches’ de afgelopen jaren een vlucht heeft genomen.<sup>24</sup>

In hoofdstuk vier worden bovenstaande toetsingscriteria gebruikt om te beoordelen of de Nederlandse aanpak ter bestrijding van hybride financieringen adequaat is. Hierbij worden de verschillende maatregelen die door Nederland zijn getroffen afzonderlijk beoordeeld. Ter beantwoording van het eerste gedeelte van de probleemstelling zullen deze afzonderlijke beoordelingen worden samengevat en in één tabel tot een geheel worden gemaakt. In deze tabel worden de maatregelen opgesomd en per toetsingscriterium op een vijf-punts schaal beoordeeld. De scores op deze schaal variëren van -- tot ++, waarbij -- het meest negatieve effect op de adequaatheid van de Nederlandse aanpak heeft en ++ het meest positieve effect.<sup>25</sup> Omdat het toetsingskader uit verschillende criteria bestaat, zal een weging van de criteria moeten worden gemaakt om tot een uiteindelijke conclusie te komen. De uiteindelijke beoordeling van een maatregel wordt gevormd door het gemiddelde van de verschillende criteria, waarbij aan elk criterium hetzelfde gewicht wordt toegekend.

Ook de rechterlijke macht zou een rol kunnen spelen in de aanpak van hybride financieringen. Om dit te beoordelen wordt in hoofdstuk vijf onderzocht of de rechter in concrete situaties de gevolgen van hybride financieringen kan voorkomen. Mijns inziens is voor de rechter een rol weggelegd als deze, uitgaande van de bedoeling van de wetgever, dubbele (non-)belasting als gevolg van hybride financieringen kan voorkomen. De toetsing vindt op kwalitatieve wijze plaats.

---

<sup>23</sup> Brief Staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016, Fiscaal Vestigingsklimaat, nr. 2016-0000148647, p. 2 & p. 5.

<sup>24</sup> Zie onder meer Kavelaars, P., TFO 2017/150.5, par. 2.

<sup>25</sup> Vermeer, R., ‘Hybride entiteiten’, Rotterdam: Erasmus Universiteit, augustus 2016.

## 1.4 Opzet

Allereerst zal in hoofdstuk twee de eerste deelvraag worden beantwoord. Hierbij wordt onderzocht op welke manier Nederland een financiering kwalificeert en welke invloed dit heeft op de fiscale behandeling daarvan. Vervolgens wordt besproken hoe een hybride financiering precies ontstaat en wat de fiscale en maatschappelijke gevolgen van een dergelijke financiering kunnen zijn. In hoofdstuk drie volgt een analyse van de Nederlandse aanpak ter bestrijding van hybride financieringen. Hierbij wordt gekeken naar enkele bepalingen die in de Wet op de Vennootschapsbelasting (hierna: “Wet VPB 1969”) zijn ingevoerd om de gevolgen van hybride financieringen tegen te gaan. Naast een uiteenzetting van de techniek en de uitwerking van de bepalingen wordt ook gekeken naar de totstandkoming van deze bepalingen door onder meer de parlementaire behandeling te onderzoeken. Daarnaast worden in dit hoofdstuk de bepalingen uit de antibelastingontwijkingsrichtlijn (de ATAD 1 & 2) besproken die zien op het bestrijden van hybride financieringen. Hierbij wordt met name gekeken naar het bereik en de voorkomingsmethodiek van de ATAD 1 & 2 en de gevolgen daarvan voor de besproken Nederlandse maatregelen. In hoofdstuk vier worden de Nederlandse maatregelen beoordeeld aan de hand van de criteria opgenomen in het toetsingskader. De uitkomst van deze individuele beoordelingen vormt de basis voor het antwoord op de vraag of de Nederlandse aanpak ter bestrijding van hybride financieringen adequaat is. In hoofdstuk vijf wordt ingegaan op de mogelijke rol die de Hoge Raad kan spelen in de strijd tegen hybride financieringen. Gegeven de verschillende methoden van rechtsvinding en de gewezen jurisprudentie op dit gebied wordt onderzocht of voor de rechter een rol is weggelegd om in concrete situaties bij te dragen aan de bestrijding van (de gevolgen van) hybride financieringen. Tot slot wordt in hoofdstuk zes een samenvatting gegeven van de antwoorden op de deelvragen die in de betreffende hoofdstukken zijn behandeld. Daarnaast wordt een antwoord geformuleerd op de probleemstelling. Het hoofdstuk sluit af met de conclusies van dit onderzoek.

## 1.5 Afbakening

In deze scriptie wordt beoordeeld of de aanpak van hybride financieringen door de Nederlandse wetgever adequaat is. Hierbij wordt enkel gekeken naar de maatregelen die in de wet op de Vennootschapsbelasting zijn ingevoerd. Maatregelen die in andere wetten zijn ingevoerd blijven buiten beschouwing. Daarnaast worden enkel de maatregelen ter bestrijding van hybride financieringen besproken. Er wordt geen onderzoek gedaan naar maatregelen ter bestrijding van andere vormen van ‘hybrid mismatches’.

## 2. Hybride financieringen

### 2.1 Inleiding

Als gevolg van een almaar groeiende (sociaal-)economische integratie opereren ondernemingen vaker in meer dan één land tegelijk. Hierdoor kunnen zij onderworpen zijn aan de fiscale wetgeving van verschillende landen. Omdat elk land in beginsel vrij is om de fiscale wet- en regelgeving naar eigen wens in te richten, kan het voorkomen dat verschillen bestaan tussen de belastingstelsels van landen. Multinationale ondernemingen spelen in op deze fiscale verschillen teneinde belasting te besparen of uit te stellen. Een van de manieren om dit te bereiken is door gebruik te maken van hybride financieringen. In dit hoofdstuk wordt onderzocht hoe een dergelijke financiering ontstaat en wat de gevolgen daarvan zijn. Ten eerste wordt gekeken naar de civiel- en fiscaalrechtelijke kwalificatie van een financiering. Deze kan worden aangemerkt als eigen vermogen of vreemd vermogen. Vervolgens wordt besproken hoe eigen vermogen en vreemd vermogen fiscaal worden behandeld. Aan de hand daarvan wordt nader ingegaan op de vraag wat een financiering precies hybride maakt. Tot slot worden de fiscale en maatschappelijke gevolgen van hybride financieringen besproken en wordt een antwoord gegeven op de deelvraag die in dit hoofdstuk centraal staat: *Hoe ontstaan hybride financieringen en wat zijn de gevolgen daarvan?*

### 2.2 Kwalificatie van eigen vermogen en vreemd vermogen

#### 2.2.1 Civielrechtelijke kwalificatie

De civielrechtelijke kwalificatie van eigen en vreemd vermogen is terug te vinden in het Burgerlijk Wetboek (hierna: “BW”). Gelet op het onderwerp van deze scriptie richt ik mij bij het bespreken van deze kwalificatie enkel op de civielrechtelijke bepalingen die gelden voor kapitaalvennootschappen. Tevens ga ik er vanuit dat onder eigen vermogen aandelen(kapitaal) wordt verstaan en onder vreemd vermogen een lening. Allereerst zal de civielrechtelijke kwalificatie van eigen vermogen worden besproken. Daarna volgt de civielrechtelijke kwalificatie van vreemd vermogen.

#### **Eigen vermogen**

In het civiele recht bestaat geen uniforme definitie van eigen vermogen. In plaats daarvan worden op verschillende plaatsen in boek 2 BW aanduidingen gegeven van wat onder het kapitaal van een vennootschap wordt verstaan. Zo bevat art. 2:79 lid 1 BW een definitie van het begrip ‘aandelen’ voor de Naamloze Vennootschap (hierna: “NV”):

*“Aandelen zijn de gedeelten, waarin het maatschappelijk kapitaal bij de statuten is verdeeld”*

Voor de Besloten Vennootschap (hierna: “BV”) gold tot 1 oktober 2012 dezelfde wettelijke definitie; dit is echter als gevolg van wetgeving voor de Flex-BV<sup>26</sup> veranderd. De nieuwe definitie, opgenomen

---

<sup>26</sup> Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht van 18 juni 2012, *Stb.* 2012, 299.

in art 2:190 BW, kent twee minimumeisen waaraan aandelen van een BV moeten voldoen. De definitie is opgenomen door middel van een negatieve formulering:

*“Rechten die stemrecht noch aanspraak op uitkering van winst of reserves omvatten, worden niet als aandeel aangemerkt.”*

Tijdens de parlementaire behandeling van art. 2:190 BW zijn de minimumeisen nader toegelicht.<sup>27</sup> Ten eerste geldt als vormvereiste dat een recht door de BV als aandeel moet zijn uitgegeven. Ten tweede moet aan dat recht ten minste stemrecht of aanspraak op uitkering van winst of reserves zijn verbonden om te kwalificeren als een aandeel.

Een volgende aanduiding van eigen vermogen is opgenomen in art. 2:67 BW (NV) en art. 2:178 BW (BV). In deze bepalingen wordt omschreven uit welke verschillende soorten kapitaal een vennootschap bestaat. Deze verschillende kapitaalbegrippen houden verband met de verschillende functies die deze begrippen vervullen. Er zijn drie kapitaalbegrippen te onderscheiden:

- maatschappelijk kapitaal;
- geplaatst kapitaal; en
- gestort kapitaal.

Het maatschappelijk kapitaal van de vennootschap geeft het maximale kapitaal aan tot waar de vennootschap aandelen kan uitgeven zonder dat daar een statutenwijziging voor nodig is. Het geplaatst kapitaal geeft aan welk gedeelte van het maatschappelijk kapitaal daadwerkelijk is uitgegeven door de vennootschap. Voor de NV geldt dat het geplaatst kapitaal ten minste €45.000 moet bedragen.<sup>28</sup> Daarnaast is voor de NV vereist dat het geplaatste kapitaal ten minste 20% van het maatschappelijk kapitaal bedraagt.<sup>29</sup> Met andere woorden, een NV dient over minimaal €225.000 maatschappelijk kapitaal te beschikken. Voor de BV gelden dergelijke vereisten niet meer. Sinds de invoering van de Flex-BV-wetgeving kan een BV al met €0,01 maatschappelijk kapitaal worden opgericht. Het gestort kapitaal geeft aan voor welk deel van het geplaatst kapitaal de aandeelhouders daadwerkelijk kapitaal hebben overgedragen aan de vennootschap.

Tot slot kent het civiele recht een bepaling die voor de NV en de BV bepaalt wat op de vennootschappelijke balans onder het eigen vermogen moet worden geschaard. Op grond van art. 2:373, lid 1 BW wordt hieronder verstaan:

- het geplaatste kapitaal;<sup>30</sup>
- agio;

---

<sup>27</sup> *Kamerstukken II 2008-2009, 31 058, nr. 6, p. 46.*

<sup>28</sup> Art. 2:67, lid 2 BW.

<sup>29</sup> Art. 2:67, lid 4 BW.

<sup>30</sup> Indien het geplaatste kapitaal niet is volgestort, wordt op grond van art. 2:373, lid 2 BW in plaats daarvan het gestorte kapitaal vermeld.

- herwaarderingsreserves;
- andere wettelijke reserves;
- statutaire reserves;
- overige reserves;
- niet verdeelde winsten, voor zover de bestemming daarvan niet in de balans is verwerkt.

### **Vreemd vermogen**

De civielrechtelijke aspecten van vreemd vermogen zijn geregeld in Boek 7A van het BW. Alhoewel er geen letterlijke definitie van vreemd vermogen staat opgenomen, wordt wel een definitie van het begrip ‘geldlening’ gegeven. Op grond van art. 7A:1793 BW wordt een geldlening omschreven als:

*“De schuld, uit leening van geld voortspruitende, bestaat alleen in de geldsom die bij de overeenkomst is uitgedrukt.”*

Deze omschrijving van een geldlening is zeer ruim geformuleerd. Er zijn in boek 7A BW echter nog enkele andere kenmerken/vereisten verbonden aan de geldlening. Zo kan de schuldeiser op grond van art. 7A:1796 BW de geldlening alleen terugvragen na het verstrijken van de overeengekomen looptijd.<sup>31</sup> Daarnaast is in art. 7A:1804 BW bepaald dat de hoogte van de te betalen rente schriftelijk moet zijn overeengekomen. Uit jurisprudentie blijkt echter dat dit artikel meer als een vormvoorschrift moet worden gezien. Indien de rente namelijk niet schriftelijk is overeengekomen, is alleen de wettelijke rente verschuldigd.<sup>32</sup>

Een van de meest cruciale kenmerken van een geldlening is de terugbetalingsverplichting die geldt voor de schuldenaar. Voorziet de overeenkomst in een bepaalde termijn, dan is de schuldenaar verplicht om de geldlening op het einde van die termijn terug te betalen. Het is echter ook mogelijk dat een geldlening voor onbepaalde tijd wordt afgesloten. Op grond van art. 7A:1797 BW kan de schuldeiser dan op ieder moment teruggave van de geldlening eisen.<sup>33</sup> Ondanks dat de lening voor onbepaalde tijd is aangegaan, is dus nog steeds sprake van een terugbetalingsverplichting. Ook in de jurisprudentie is naar voren gekomen dat de terugbetalingsverplichting een cruciaal vereiste van een geldlening is. In een arrest van de civiele kamer van de Hoge Raad werd geoordeeld dat een terugbetalingsverplichting ook aanwezig is indien de terugbetalingsverplichting voorwaardelijk is.<sup>34</sup> Het feit dat de terugbetalingsverplichting afhankelijk is van een toekomstige onzekere gebeurtenis doet niet af aan het feit dat een

---

<sup>31</sup> Op grond van art. 7A:1797 BW kan de rechter onder omstandigheden de schuldenaar enig uitstel van terugbetaling verlenen.

<sup>32</sup> HR 30 november 2012, nr. 11/04332, RvdW 2012/1529.

<sup>33</sup> De rechter kan de schuldenaar hierbij wel, afhankelijk van de feiten en omstandigheden, enig uitstel van betaling geven.

<sup>34</sup> HR 29 november 2002, nr. C01/011HR, NJ 2003/50, r.o. 3.4.5.

terugbetalingsverplichting aanwezig is. Hierdoor is de terugbetalingsverplichting in mijn optiek ruim geformuleerd.

Daarnaast dient op grond van art. 7A:1800 BW de schuldenaar in beginsel de nominale waarde van de geldlening aan de schuldeiser terug te betalen. Het is echter mogelijk dat partijen hiervan afwijken. Art. 6:111 BW stelt namelijk:

*“Een verbintenis tot betaling van een geldsom moet naar haar nominale bedrag worden voldaan, tenzij uit wet, gewoonte of rechtshandeling anders voortvloeit.”*

Een voorbeeld van een dergelijke verbintenis waarbij het voor kan komen dat meer of minder dan de nominale waarde wordt terugbetaald, is de converteerbare lening. Hierbij heeft de schuldeiser het recht om een gedeelte van de lening om te zetten in een vooraf vastgesteld aantal aandelen van de vennootschap. Indien de aandelenkoers van de betreffende vennootschap stijgt, krijgt de schuldeiser meer terug dan dat hij uitgeleend heeft.

Tot slot wordt in art. 2:375 BW geregeld wat voor de jaarrekening onder de term ‘schulden’ moeten worden verstaan. Alhoewel de term ‘vreemd vermogen’ hier niet letterlijk wordt gebruikt, kan wel worden afgeleid wat voor de jaarrekening onder vreemd vermogen wordt verstaan. Interessant is dat op grond van art. 2:375, lid 4 BW een vennootschap verplicht is om in de jaarrekening toe te lichten in welke mate een schuld is achtergesteld ten opzichte van andere schulden. Tevens dient de aard van deze achterstelling te worden toegelicht. Deze achtergesteldheid is van belang voor de beoordelingen van een lening op grond van het besluit hybride geldverstrekkingen.<sup>35</sup> Dit besluit wordt in par. 2.2.3 nader besproken.

## 2.2.2 Fiscaalrechtelijke kwalificatie

De fiscale wetgeving van Nederland kent geen bepaling die voorziet in een fiscaalrechtelijke definitie van eigen of vreemd vermogen. Het vraagstuk wanneer een geldverstrekking precies wordt gekwalificeerd als eigen of vreemd vermogen heeft zich daarom met name in de jurisprudentie ontwikkeld. Een van de eerste arresten waarin de Hoge Raad zich uitliet over de fiscale kenmerken van eigen vermogen in de Vennootschapsbelasting was het arrest van 18 oktober 1950<sup>36</sup>. In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat:

*“onder kapitaalverstrekking alleen kan worden verstaan hetgeen door leden aan de vereniging aldus wordt afgestaan, dat het gaat behoren tot het voor de schulden van het lichaam aansprakelijke en in het risico van het bedrijf der vereniging delende vermogen, zonder dat daartegenover voor het lid aanspraken ontstaan, die het karakter hebben van vorderingen, welke met die van andere schuldeisers*

---

<sup>35</sup> Besluit Staatssecretaris van Financiën van 29 augustus 2017, nr. 2017-38941.

<sup>36</sup> HR 18 oktober 1950, B 8843.

*op één lijn kunnen worden gesteld en waarvan het bedrag ook door eventuele door het lichaam te lijden verliezen niet wordt aangetast.”*

Alhoewel het arrest gewezen was voor een coöperatie, is de lijn die in dit arrest is uitgezet later ook voor kapitaalvennootschappen gebruikt.<sup>37</sup> Volgens Bouwman<sup>38</sup> blijkt uit de aangehaalde arresten dat het karakter van het eigen vermogen wordt bepaald door de garantiefunctie die dat vermogen beoordeeld naar civielrechtelijke maatstaven voor crediteuren vervult. Daarnaast kan uit deze arresten worden opgemaakt dat wat naar civielrechtelijke maatstaven verstrekking van eigen vermogen is, ook eigen vermogen is voor de vennootschapsbelasting.

Ondanks dat het arrest van 18 oktober 1950 duiding gaf over de kenmerken van eigen vermogen, was er nog geen helder vastomlijnd systeem dat antwoord gaf op de vraag wanneer fiscaalrechtelijk precies sprake is van eigen of vreemd vermogen. Dit veranderde met het zogenoemde ‘Unilever-arrest’<sup>39</sup>. In dat arrest overwoog de Hoge Raad dat:

*“ter beantwoording van de vraag of (...) een geldverstrekking door een moedervernootschap aan haar dochtervennootschap als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, als regel een formeel criterium moet worden aangelegd, zodat in beginsel de civielrechtelijke vorm beslissend is voor de fiscale gevolgen.”*

Met deze rechtsoverweging formuleerde de Hoge Raad een duidelijke hoofdregel voor belastingplichtigen. In beginsel is de civielrechtelijke vorm waarin het vermogen is verstrekt, bepalend voor de fiscale kwalificatie. Op deze hoofdregel bestaan echter, zo vervolgt het arrest, drie uitzonderingen waarin van de civielrechtelijke vorm wordt afgeweken en in alle gevallen fiscaalrechtelijk sprake is van eigen vermogen. Deze uitzonderingen zijn:

*(i) de schijnlening:* Hiervan is sprake indien een geldverstrekking in de vorm van vreemd vermogen is verstrekt, maar in werkelijkheid (en naar civielrechtelijke normen) een verstrekking van eigen vermogen is.

*(ii) de bodemlozeputlening:* Dit is een lening waarvan aanstonds duidelijk is dat deze niet zal worden terugbetaald en vanaf het moment van verstrekken het vermogen van de crediteur blijvend heeft verlaten.

*(iii) de deelnemerschapslening:* Hiervan is, op basis van het Unilever-arrest, sprake indien de lening is verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de schuldenaar met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deel heeft in de onderneming van de schuldenaar.<sup>40</sup> Deze omschrijving creëerde veel onzekerheid

---

<sup>37</sup> Zie bijvoorbeeld HR 1 oktober 1997, nr. 32 209, BNB 1998/7 en HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, BNB 2014/80.

<sup>38</sup> Bouwman, J.N., NTFR 2015/1733, par 3.3.

<sup>39</sup> HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217.

<sup>40</sup> HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217, r.o. 4.4.

en is pas met de arresten van 11 maart 1998<sup>41</sup> en 25 november 2005<sup>42</sup> geconcretiseerd. Op basis van deze arresten is sprake van een deelnemerschapslening indien (i) de rentevergoeding winstafhankelijk is, (ii) er geen vaste looptijd is (of de looptijd langer is dan 50 jaar) en (iii) de lening achtergesteld is bij concurrente schuldeisers.

Het is lange tijd onzeker geweest of de drie uitzonderingen die de Hoge Raad in het arrest van 27 januari 1988 heeft benoemd limitatief waren. Bouwman<sup>43</sup> zag mogelijkheden voor een vierde uitzondering in de zin van een regressschuld die kan voortvloeien uit de toepassing van art. 2:403, lid 1, onderdeel f BW. Volgens Verseput<sup>44</sup> was een vierde uitzondering echter niet waarschijnlijk. Aan deze onduidelijkheid is met het arrest van 25 november 2011<sup>45</sup> een einde gekomen. In dit arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de drie uitzonderingen limitatief zijn en daarmee geen ruimte bestaat voor een vierde categorie.

Het uitgangspunt dat de civielrechtelijke vorm beslissend is voor de fiscale gevolgen is in het arrest van 8 september 2006<sup>46</sup> bevestigd. Tevens werd in dit arrest, het zogenoemde ‘Kaspische zeeboringen-arrest’, bevestigd dat ook voor de fiscale wetgeving sprake moet zijn van een terugbetalingsverplichting om te kunnen spreken van lening. In het arrest overwoog de Hoge Raad als volgt:

*“Noch de omstandigheid (...) dat de geldverstrekking is geschied op onzakelijke voorwaarden, noch de omstandigheden dat de terugbetalingsverplichting voorwaardelijk is en dat de terugbetaling onzeker is, ontnemen aan de geldverstrekking het karakter van een geldverstrekking met een daarbij voor de ontvanger geschapen terugbetalingsverplichting. Die terugbetalingsverplichting verleent aan een geldverstrekking het kenmerk van een lening.”*

Net als bij het arrest van de civiele kamer van de Hoge Raad<sup>47</sup>, besproken in par. 2.2.1, is geoordeeld dat een terugbetalingsverplichting voorwaardelijk en onzeker mag zijn. Tevens oordeelt de Hoge Raad dat onzakelijke voorwaarden niet in de weg staan van de fiscale kwalificatie als een lening.

### 2.2.3 Besluit hybride geldverstrekkingen

Op 29 augustus 2017 heeft de Staatssecretaris een besluit gepubliceerd waarin beleid is opgenomen over enkele financieringsvormen die op de grens liggen tussen civielrechtelijk eigen vermogen en vreemd vermogen.<sup>48</sup> Uitgangspunt van dit beleid is dat voor de kwalificatie van dergelijke financieringsvormen het bestaan van een terugbetalingsverplichting een wezenlijk kenmerk is van de civielrechtelijke vorm

---

<sup>41</sup> HR 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208.

<sup>42</sup> HR 25 november 2005, nr. 40 989, BNB 2005/64.

<sup>43</sup> Bouwman, J.N., in: *Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, par. 2.2.8.

<sup>44</sup> Verseput, J.G., in: *De totale winst in de vennootschapsbelasting (Fed Fiscale Brochures)*, p. 39.

<sup>45</sup> HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.

<sup>46</sup> HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104.

<sup>47</sup> HR 29 november 2002, nr. C01/011HR, NJ 2003/50.

<sup>48</sup> Besluit Staatssecretaris van Financiën van 29 augustus 2017, nr. 2017-38941.



van een lening. De Staatssecretaris is van mening dat deze terugbetalingsverplichting niet bestaat indien een zogenoemde ‘perpetual’<sup>49</sup> is verstrekt waarbij de geldverstrekker bij faillissement of ontbinding geen nominaal recht heeft op aflossing, maar gelijk in rang staat met de aandeelhouders. Een recht dat in de verhaalsrangorde namelijk gelijk staat aan dat van de aandeelhouder, kan in zijn optiek niet worden aangemerkt als het recht van een schuldeiser van de vennootschap. Er is daarom civielrechtelijk geen sprake van geldlening, maar van kapitaal. Met andere woorden, de Staatssecretaris is van mening dat hier sprake is van een schijnlening. Ik acht dit standpunt opmerkelijk. Rechtbank Gelderland<sup>50</sup> oordeelde in haar uitspraak van 20 december 2016 namelijk dat bij een ‘perpetual’ waarvan de terugbetalingsverplichting van gelijke rang is als aandelen, civielrechtelijk toch sprake blijft van een lening. De ‘perpetual’ kwalificeert als een overeenkomst van altijd durende rente in de zin van art. 7A:1807 BW. De rechtbank verwijst in de uitspraak naar het eerdergenoemde arrest van de civiele kamer van de Hoge Raad waarin is geoordeeld dat een terugbetalingsverplichting voorwaardelijk kan zijn. Dit maakt de lening geen schijnlening.<sup>51</sup>

Daarnaast is de Staatssecretaris van mening dat ook bij een lening met een vaste looptijd van meer dan 50 jaar, maar met dezelfde “achtergesteldheid” als bovenstaande ‘perpetual’, sprake is van eigen vermogen. In dit geval baseert hij dat echter niet op de vaststelling dat civielrechtelijk sprake is van eigen vermogen. In plaats daarvan is hij van mening dat een dergelijke lening kwalificeert als een deelnemerschapslening. Zoals uit de arresten van 11 maart 1998<sup>52</sup> en 25 november 2005<sup>53</sup> volgt, is hier onder andere voor vereist dat de vergoeding winstafhankelijk is. In situaties waarbij een vaste rente is afgesproken lijkt het standpunt dus niet op te gaan. De Staatssecretaris meent echter dat ook bij een vaste rente, *materieel* sprake kan zijn van een winstafhankelijke vergoeding. Hier is volgens hem sprake van indien rente pas verschuldigd is indien er voldoende winst is én sprake is van de eerdergenoemde achterstelling bij faillissement en ontbinding.<sup>54</sup> Ook hierover heeft de Rechtbank Gelderland echter anders geoordeeld. Volgens de rechtbank was geen sprake van een deelnemerschapslening omdat formeel een vaste rente verschuldigd was.<sup>55</sup> Niet geheel onverwacht is de inspecteur tegen de uitspraak van de rechtbank in hoger beroep gegaan. Het vervolg van deze procedure zal wellicht bepalen of de standpunten die de Staatssecretaris heeft ingenomen juist zijn.

---

<sup>49</sup> Dit zijn leningen met een onbepaalde looptijd. Ondanks dat ‘perpetuals’ voor onbepaalde tijd worden afgesloten is er op grond van art. 7A:1797 BW toch sprake van een terugbetalingsverplichting waardoor dergelijke leningen civielrechtelijk kwalificeren als een geldlening (zie par. 2.2.1).

<sup>50</sup> Rb. Gelderland 20 december 2016, nr. AWB 15/2268, NTFR 2017/402.

<sup>51</sup> Zie ook Van Eijk, G.I., NTFR 2017/2510.

<sup>52</sup> HR 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208.

<sup>53</sup> HR 25 november 2005, nr. 40 989, BNB 2005/64.

<sup>54</sup> Besluit Staatssecretaris van Financiën van 29 augustus 2017, nr. 2017-38941, par. 3, onderdeel b.

<sup>55</sup> Rb. Gelderland 20 december 2016, nr. AWB 15/2268, NTFR 2017/402, r.o. 23.

## 2.3 Fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen

In de vorige paragraaf is besproken op welke wijze en aan de hand van welke criteria een geldverstrekking wordt gekwalificeerd. Deze kwalificatie is van groot belang omdat eigen vermogen en vreemd vermogen fiscaal verschillend worden behandeld. Gelet op het onderwerp van deze scriptie bespreek ik hierbij enkel de verschillen in de wet op de Vennootschapsbelasting.<sup>56</sup> In de literatuur is betoogd om dit verschil in behandeling op te heffen.<sup>57</sup> Tot dusverre hebben dergelijke betogen echter nog niet tot resultaat geleid.

### 2.3.1 Achtergrond

In de vennootschapsbelasting wordt een belasting geheven over de winst van lichamen in de zin van art. 2 en 3 Wet VPB 1969. Dergelijke lichamen zijn o.a. de NV, de BV en de open CV. Uitgangspunt hierbij is dat deze lichamen zelfstandig in de belastingheffing worden betrokken, ongeacht de achterliggende aandeelhouder of vennoot. Voor het berekenen van de verschuldigde vennootschapsbelasting wordt gebruik gemaakt van het winstbegrip dat in de wet op de Inkomstenbelasting is geformuleerd. Op grond hiervan bestaat de winst uit het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming.<sup>58</sup> Om dit bedrag te berekenen wordt een vermogensvergelijking gemaakt tussen het begin- en eindvermogen van de vennootschap.<sup>59</sup> Om te bepalen wat een vennootschap jaarlijks aan vennootschapsbelasting is verschuldigd wordt gekeken naar de jaarwinst. Deze winst wordt bepaald aan de hand van 'goed koopmansgebruik'.<sup>60</sup> Bij het berekenen van de winst wordt, zoals eerder aangegeven, onderscheid gemaakt tussen eigen en vreemd vermogen. Deze verschillende behandeling komt met name tot uiting in de behandeling van de vergoeding en de waardemutaties van de vermogenssoort.

### 2.3.2 Aftrekbaarheid en belastbaarheid van de vergoeding

De vergoeding op vreemd vermogen (rente) is aan te merken als een kostenpost voor de vennootschap en is in beginsel aftrekbaar van de fiscale winst. Van dit uitgangspunt kan echter in bepaalde situaties worden afgeweken. Zo kent Nederland (net als veel andere landen) verschillende renteaftrekbeperkingen. Zonder expliciet in te gaan op de systematiek van deze bepalingen, dient opgemerkt te worden dat, indien een dergelijke renteaftrekbeperking van toepassing is, de betaalde

---

<sup>56</sup> Er bestaan voorts verschillen in de Wet op de Inkomstbelasting 2001 en de Wet Dividendbelasting 1965. Deze blijven echter buiten beschouwing.

<sup>57</sup> Zie onder meer De Mooij, R.A. en Devereux, M.P., 'Alternative Systems of Business Tax in Europe: An applied analysis of ACE and CBIT reforms', Taxation Studies 0028, Directorate General Taxation and Customs Union, European Commission, 2009, p. 11; Auerbach, A. e.a., 'Taxing Corporate Income', Oxford University Centre for Business Taxation, Working Paper 07/05, 2007, p. 41-43 en Rapport Studiecommissie Belastingstelsel, 'Continuïteit en vernieuwing: Een visie op het belastingstelsel', april 2010, p. 22.

<sup>58</sup> Art. 8, lid 1 Wet VPB 1969 jo. Art. 3.8 wet IB 2001.

<sup>59</sup> Totale winst = eindvermogen – beginvermogen + onttrekkingen – stortingen.

<sup>60</sup> Art. 3.25 wet IB 2001.

rentevergoeding niet in aftrek kan worden gebracht. Voor de crediteur is de fiscale behandeling van de ontvangen rente afhankelijk van zijn positie en hoedanigheid. Ervan uitgaande dat de renteontvanger een vennootschap is, wordt de rentevergoeding in beginsel belast met vennootschapsbelasting. Kortom, voor de vergoeding op vreemd vermogen geldt in beginsel dat deze aftrekbaar is bij de debiteur en belast bij de crediteur.

De vergoeding op eigen vermogen (dividend) kwalificeert als een uitdeling van winst en valt daarmee als zodanig niet onder de categorie bedrijfskosten. Hierdoor is een dividenduitkering niet aftrekbaar van de fiscale winst in de vennootschapsbelasting.<sup>61</sup> De fiscale behandeling bij de dividendontvanger is, net als bij de renteontvanger, afhankelijk van zijn fiscale positie. Ervan uitgaande dat de dividendontvanger een vennootschap is, wordt het ontvangen dividend in beginsel belast. Dit leidt er echter toe dat verschillende keren over dezelfde winst wordt geheven; eenmaal bij de vennootschap die de winst heeft gemaakt (en later uitgedeeld) en nogmaals bij de vennootschap die het dividend ontvangt. Dit wordt ook wel omschreven als economisch dubbele belasting.<sup>62</sup> Om dit probleem op te lossen is de deelnemingsvrijstelling ontwikkeld. Indien de vennootschap waarin het aandelenbezit wordt gehouden kwalificeert als een deelneming in de zin van art. 13 Wet VPB 1969, blijven alle voordelen (positief én negatief) uit hoofde van deze deelneming buiten aanmerking bij het bepalen van de winst van de moeder. Hierdoor wordt de winst enkel nog belast bij de vennootschap waar deze daadwerkelijk is gemaakt en wordt bij de uitdeling van deze winst niet nogmaals vennootschapsbelasting geheven bij de dividendontvangende vennootschap. Om te kwalificeren voor de deelnemingsvrijstelling dient een moedervernootschap – kort gezegd – voor ten minste 5% aandeelhouder van de dochtervennootschap te zijn.<sup>63</sup> Aangezien in concernverhoudingen veelal sprake zal zijn van belangen groter dan 5% (en aan de overige vereisten wordt voldaan) is de deelnemingsvrijstelling in deze situaties vaak van toepassing. In dergelijke situaties zal bij een verstrekking van eigen vermogen de vergoeding niet aftrekbaar zijn bij de geldontvanger (dochter), maar ook niet worden belast bij de geldverstrekker (moeder).

Door dit onderscheid wordt door Van Strien<sup>64</sup> terecht opgemerkt dat, uitgaande van de toepasselijkheid van de deelnemingsvrijstelling, in concernverhoudingen in beginsel de mogelijkheid bestaat de winst voor een deel naar eigen wens te alloceren. Indien namelijk wordt gefinancierd met eigen vermogen is de winst belast bij de dochtervennootschap en kan het dividend zonder belastingheffing aan de moedervernootschap worden uitgekeerd. Wordt echter met vreemd vermogen gefinancierd dan is de rentevergoeding belast bij de moedervernootschap en is slechts de overwinst belast bij de dochtervennootschap. Deze winstallocatie speelt natuurlijk niet alleen binnen Nederland, maar vooral

---

<sup>61</sup> Art. 10, lid 1, onderdeel a Wet VPB 1969.

<sup>62</sup> Er is sprake van economisch dubbele belasting indien hetzelfde object, bij twee of meer subjecten in de belastingheffing wordt betrokken.

<sup>63</sup> Daarnaast gelden nog enkele andere vereisten, maar die laat ik hier verder buiten beschouwing.

<sup>64</sup> Van Strien, J., in: *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting (FM 119)*, p. 35.

ook in relatie tot derde landen. Multinationaal opererende ondernemingen proberen door middel van fiscale planning te bewerkstelligen dat winst wordt belast in een jurisdictie met een laag tarief, terwijl aftrek wordt genoten in een land met een hoog tarief. Deze mogelijkheid is mede het gevolg van het fiscale onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen.

### 2.3.3 Waardemutaties

Ook bij een waardemutatie van het betreffende vermogen treedt een verschil op in behandeling tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. Ervan uitgaande dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, mag een moedervernootschap een waardedaling van het aandelenbelang (eigen vermogen) niet ten laste van de fiscale winst brengen. Dit komt omdat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op zowel de positieve voordelen (dividend en waardevermeerderingen) als de negatieve voordelen (afwaardering) van de deelneming. Daarentegen mag een crediteur een waardedaling van een lening (vreemd vermogen) wel ten laste van de fiscale winst brengen.<sup>65</sup> Op het uitgangspunt dat een afwaardering op het eigen vermogen niet ten laste van de fiscale winst van de moedervernootschap mag worden gebracht geldt één uitzondering. Op grond van art. 13d Wet VPB 1969 is de waardedaling namelijk wel aftrekbaar voor de moedervernootschap als de deelneming wordt geliquideerd. Dit is gebaseerd op de gedachte dat bij een liquidatie van de deelneming geen mogelijkheid meer bestaat om de op deze deelneming geleden waardedaling te compenseren met een toekomstige opwaardering van de deelneming. Het past dan in de totaalwinstgedachte om dit verlies in aftrek toe te staan.

### 2.3.4 Verstoring in de kapitaalmarkt

Het feit dat eigen vermogen en vreemd vermogen fiscaal verschillend worden behandeld zorgt ervoor dat een verstoring optreedt in de kapitaalmarkt. Omdat de vergoeding op vreemd vermogen in beginsel aftrekbaar is en de vergoeding op eigen vermogen niet, ontstaat een 'incentive' om te financieren door middel van vreemd vermogen. Deze financieringsvoorkeur wordt ook wel de 'debt-equity tax bias' genoemd.<sup>66</sup> Het fiscale voordeel van financieren met vreemd vermogen brengt het risico met zich mee dat er teveel met vreemd vermogen wordt gefinancierd. Hierdoor kan een ongezonde verhouding ontstaan tussen het vreemd vermogen en het eigen vermogen van een vennootschap waardoor (maatschappelijke) kosten stijgen.<sup>67</sup> Daarnaast wordt door de hoge(re) rentekosten de fiscale winstgrondslag verlaagd wat nadelige gevolgen heeft voor de belastingopbrengst. Deze grondslagerosie

---

<sup>65</sup> Dit mag niet indien sprake is van een onzakelijke lening.

<sup>66</sup> Fatica, S. e.a., 'The Debt-Equity Tax Bias: consequences and solutions', Taxation papers nr. 33, European Commission, 2012.

<sup>67</sup> Zie o.a. De Mooij, R., 'Tax Biases to Debt Finance: Assessing the Problem, Finding Solutions', Fiscal Studies 33/4, 2012 en Bianchi, J., 'Overborrowing and Systematic Externalities in the Business Cycle', American Economic Review 101/7, 2011.

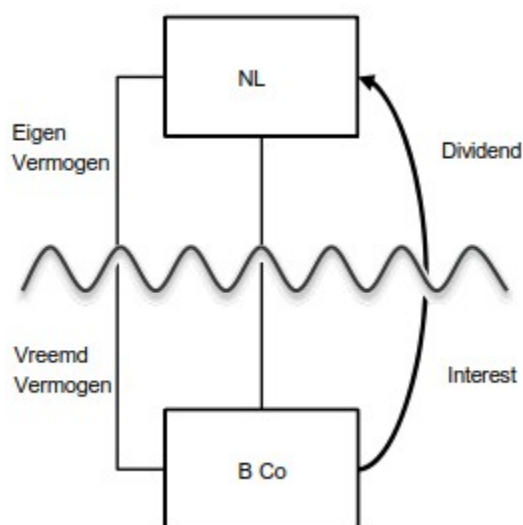
wordt door de verschillende renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting wel verminderd, maar niet geheel weggenomen.

## 2.4 Wat is een hybride financiering?

Zoals besproken in par 2.2 hebben eigen vermogen en vreemd vermogen verschillende (civielrechtelijke) kenmerken. Op grond van deze kenmerken wordt een bepaalde financiering civielrechtelijk gekwalificeerd als eigen of vreemd vermogen. Een hybride financiering verschilt ten opzichte van een “reguliere” (niet-hybride) financiering vanwege het feit dat de financiering kenmerken van zowel eigen vermogen als vreemd vermogen heeft. Dit maakt het lastig om de financiering te kwalificeren. Daar komt voor wat betreft de fiscaalrechtelijke kwalificatie bij dat de fiscale wetgeving van Nederland geen definitie van eigen vermogen of vreemd vermogen kent. De wijze waarop een vermogensverstrekking in Nederland fiscaal wordt gekwalificeerd heeft zich ontwikkeld in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Omdat ieder land in beginsel soeverein is over de invulling van zijn eigen fiscale wet- en regelgeving kan het echter voorkomen dat andere landen een bepaalde vermogensverstrekking op een andere manier kwalificeren dan Nederland. In grensoverschrijdende situaties kan dit tot gevolg hebben dat een hybride financiering door twee verschillende landen fiscaal anders wordt gekwalificeerd. De consequentie van een dergelijk kwalificatieverschil kan zijn dat de hybride financiering ook fiscaal verschillend wordt behandeld.

Een goed voorbeeld van een hybride financiering waarbij een kwalificatieverschil met het buitenland optreedt is de deelnemerschapslening. Indien een Nederlandse vennootschap een deelnemerschapslening verstrekt aan een vennootschap in een ander land, dan wordt deze deelnemerschapslening in Nederland ge(her)kwalificeerd als eigen vermogen. Het andere land is uiteraard niet gebonden aan deze herkwalificatie en zou de deelnemerschapslening als vreemd vermogen kunnen kwalificeren. Het feit dat Nederland en het andere land de vermogensverstrekking verschillend kwalificeren kan tot gevolg hebben dat de vergoeding op deze verstrekking fiscaal ook anders wordt behandeld. Hierdoor kan – kort gezegd – dubbele belasting of dubbele non-belasting optreden. Voor een verdere bespreking van de (fiscale) gevolgen van hybride financieringen verwijs ik naar par. 2.5. In figuur 1 is een voorbeeld opgenomen van een hybride financiering (bijvoorbeeld een deelnemerschapslening) waarbij Nederland de financiering als eigen vermogen kwalificeert en het land waar B Co is gevestigd de financiering als vreemd vermogen kwalificeert. Hierdoor kwalificeert Nederland de vergoeding op de financiering als dividend, terwijl het land waar B Co is gevestigd de vergoeding als interest aanmerkt.

Figuur 1<sup>68</sup>



In de literatuur wordt de term ‘hybride financiering’ ook gebruikt voor hybride vermogensverstrekkingen die in nationaal verband worden verstrekt. Van Strien<sup>69</sup> benoemt o.a. de converteerbare obligatielening/warrantlening en de winstdelende/achtergestelde/langlopende obligatielening. Wanneer in deze scriptie wordt gesproken over een hybride financiering wordt echter bedoeld op een vermogensverstrekking zoals afgebeeld in figuur 1 die grensoverschrijdend wordt verstrekt en die in twee landen fiscaal verschillend wordt gekwalificeerd.

## 2.5 Gevolgen van hybride financieringen

### 2.5.1 Fiscale gevolgen

Zoals in de vorige paragraaf kort is besproken, kan een hybride financiering tot gevolg hebben dat belastingheffing geheel of gedeeltelijk achterwege blijft. Dit wordt omschreven als dubbele non-belasting.<sup>70</sup> Bij hybride financieringen ontstaat deze dubbele non-belasting omdat het land van de vennootschap die de hybride financiering ontvangt deze kwalificeert als vreemd vermogen en de (rente)vergoeding derhalve aftrekbaar stelt, terwijl het land van de vennootschap die de hybride financiering verstrekt de financiering juist aanmerkt als eigen vermogen en de vergoeding (dividend) niet in de heffing betreft. Dit resultaat wordt ook wel omschreven als ‘deduction/no inclusion’<sup>71</sup> (hierna: “D/NI”). Opgemerkt dient te worden dat een D/NI-uitkomst alleen optreedt indien het land dat de vergoeding ontvangt ook een vrijstelling verleent op grond van een regime zoals de Nederlandse

<sup>68</sup> Het voorbeeld is ontleend aan OESO, ‘BEPS Action 2: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements’ Final report 2015, Parijs: OESO, p. 175.

<sup>69</sup> Van Strien, J., in: *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting (FM 119)*, p. 19.

<sup>70</sup> OESO, ‘BEPS Action 2: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements’ Final report 2015, Parijs: OESO, p. 11.

<sup>71</sup> OESO, ‘BEPS Action 2: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements’ Final report 2015, Parijs: OESO, p. 17.

deelnemingsvrijstelling. Indien de deelnemingsvrijstelling, of een ander vergelijkbaar regime, niet van toepassing is heeft de hybride financiering geen dubbele non-belasting tot gevolg.<sup>72</sup>

Daarnaast is het mogelijk dat een hybride financiering tot gevolg heeft dat de belastingdruk niet wordt verlaagd, maar juist wordt verhoogd. In een dergelijke situatie is sprake van dubbele belasting. Deze situatie zou zich voor kunnen doen indien in Figuur 1 de hybride financiering niet *vanuit* een entiteit in Nederland wordt verstrekt, maar *aan* een entiteit in Nederland wordt verstrekt. Nederland kwalificeert de vermogensverstrekking, zoals hierboven is beschreven, als eigen vermogen waardoor de betaalde vergoeding niet aftrekbaar is, terwijl het ontvangende land de vermogensverstrekking als vreemd vermogen kwalificeert en de vergoeding belast. Hierdoor wordt in feite dubbel over dezelfde vergoeding geheven. Omdat multinationale ondernemingen zich vaak vooraf laten adviseren en de gevolgen van een bepaalde transactie goed kunnen inschatten, komen hybride financieringen met dubbele belasting tot gevolg amper voor.<sup>73</sup> Toch wordt in de fiscale literatuur kritisch geoordeeld over het feit dat veel van de maatregelen om hybride constructies tegen te gaan alleen gericht zijn op ‘mismatches’ met dubbele non-belasting tot gevolg.<sup>74</sup> Dat de nadruk vrijwel geheel op dubbele non-belasting is gericht, is volgens Fibbe<sup>75</sup> een gemiste kans om een allesomvattende oplossing voor de materie te vinden.

Samenvattend, zijn de fiscale gevolgen van hybride financieringen onder te verdelen in de volgende twee categorieën:

- *Dubbele non-belasting*: Dit wordt bereikt omdat een betaling (of een deel van een betaling) in het land van de betaler aftrekbaar is van de fiscale winst, terwijl deze betaling in het ontvangende land niet in de belastingheffing wordt betrokken (‘Deduction/ no inclusion’).
- *Dubbele belasting*: Hierbij is de vergoeding in het land van de betaler niet aftrekbaar van de fiscale winst, terwijl deze in het land van de ontvanger wel wordt belast.

### 2.5.2 Maatschappelijke gevolgen

Naast de fiscale gevolgen van hybride financieringen zijn er ook maatschappelijke gevolgen. De OESO beschrijft in het HMA-rapport, en later ook in BEPS Actie 2, vijf maatschappelijke gevolgen van ‘hybrid mismatches’. Omdat een hybride financiering een bepaald “type” ‘hybrid mismatch’ is, acht ik deze maatschappelijke gevolgen ook van toepassing op hybride financieringen.

---

<sup>72</sup> Naast een D/NI-uitkomst kan ook dubbele non-belasting optreden in de vorm van een zogenoemde ‘double deduction’ (hierna: “D/D”). Hierbij wordt een fiscale aftrekpost in twee landen van de winst afgetrokken. Een D/D komt echter vooral voor in situaties waarbij gebruik wordt gemaakt van hybride entiteiten.

<sup>73</sup> OESO, ‘Hybrid mismatch arrangements: Tax Policy and compliance issues’, maart 2012, p. 25.

<sup>74</sup> Zie onder meer Fibbe, G.K., Ondernemingsrecht 2014/105, par. 2 en De Graaf, A.C.G.A.C., Internationale oplossingen voor hybrid mismatch arrangements in: *k Moet eerlijk zeggen (Van Arendonkbundel)*, par. 6.

<sup>75</sup> Fibbe, G.K., Ondernemingsrecht 2014/105, par. 2.

Ten eerste ontstaat door hybride financieringen oneerlijke concurrentie tussen nationaal opererende ondernemingen en multinationale ondernemingen. Omdat multinationale ondernemingen grensoverschrijdend opereren, kunnen zij hun belastingdruk verlagen door gebruik te maken van hybride financieringen, terwijl nationale ondernemingen dat niet kunnen. Hierdoor kunnen de, over het algemeen kleinere, nationale ondernemingen moeilijker concurreren met de grotere multinationale ondernemingen. Binnen de grenzen van de EU wordt dit ook wel omschreven als een verstoring van het 'level playing field'. Deze verstoring is een belangrijke reden geweest voor de EC om, in navolging van de OESO, de strijd tegen de gevolgen van hybride financieringen en andere vormen van 'hybrid mismatches' aan te gaan.

Ten tweede verstoren hybride financieringen de economische efficiëntie van de maatschappij. Door de mogelijke belastingbesparing als gevolg van een hybride financiering wordt het aantrekkelijker om in een buitenlandse investering te investeren, in vergelijking met een soortgelijke binnenlandse investering. Voorts leiden hybride financieringen tot meer risico-preferent gedrag omdat investeringen die zonder het belastingvoordeel misschien economisch onverantwoord waren, als gevolg van de hybride financiering alsnog economisch profijtelijk kunnen worden.

Daarnaast hebben hybride financieringen een negatief effect op de transparantie van belastingssystemen voor de maatschappij. Door de toegenomen fiscale complexiteit is het voor burgers steeds lastiger om te begrijpen wat de achterliggende systematiek van een bepaalde fiscale structuur is terwijl dit maatschappelijk begrip juist van belang is om de maatregelen van de overheid goed te kunnen begrijpen.<sup>76</sup>

Verder tasten hybride financieringen de eerlijkheid en geloofwaardigheid van het belastingstelsel aan. Dit komt onder meer omdat hybride financieringen alleen zijn weggelegd voor multinationale ondernemingen en niet voor de kleinere nationale ondernemingen. Bovendien zijn de mogelijkheden om hybride financieringen te benutten beter beschikbaar voor kapitaalintensieve ondernemingen in vergelijking met arbeidsintensieve ondernemingen. Dit kan door buitenstaanders als oneerlijk worden ervaren en beïnvloedt vervolgens weer de geloofwaardigheid van het belastingstelsel bij het grote publiek.

Tot slot benoemt het HMA-rapport als vijfde maatschappelijke gevolg van hybride financieringen de budgettaire derving van de belastinginkomsten.<sup>77</sup> Omdat hybride financieringen vaak dubbele non-

---

<sup>76</sup> Zie o.a. Alt, J., Preston, I., en Sibieta, L., *The political economy of tax policy: final draft for Mirrlees Review*, Institute for Fiscal Studies, 2008, p. 3.

<sup>77</sup> Vergelijkbaar De Mooij e.a. die stellen dat hybride financieringen de belastinggrondslag eroderen. De Mooij, R.A., en Devereux, M.P., *Alternative Systems of Business Tax in Europe: An applied analysis of ACE and CBIT reforms*, Taxation Studies 0028, Directorate General Taxation and Customs Union, European Commission, 2009, p. 9.



belasting tot gevolg hebben, lijkt dit in eerste instantie ook logisch. Er wordt immers (gedeeltelijk) geen belasting geheven. In mijn optiek ligt dit echter genuanceerder omdat de mogelijkheid om gebruik te maken van een hybride financiering veel ondernemingen ook over de streep trekt om te investeren in een bepaald land. Dergelijke investeringen stimuleren de bedrijvigheid in een land en stellen dat land in staat om andere type belastingen te heffen. Daarnaast heeft de Staatssecretaris onlangs aangegeven dat naarmate Nederland slaagt in de aanpak van ‘hybrid mismatches’, het statutaire tarief van de vennootschapsbelasting ook “navenant” moet worden verlaagd.<sup>78</sup> Met andere woorden, de “extra belastinginkomsten” als gevolg van de bestrijding van onder andere hybride financieringen vloeien door middel van een verlaging van het belastingtarief per saldo min of meer weer terug naar de ondernemingen.<sup>79</sup> Tot slot leidt een hybride financiering die *vanuit* Nederland is verstrekt, puur vanuit Nederland bekeken, ook niet tot een derving van de belastinginkomsten. Nederland kwalificeert een hybride financiering nou eenmaal als eigen vermogen en stelt, ervan uitgaande dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, de vergoeding hierop vrij van belasting. Daarnaast is ook in het hypothetische geval dat een hybride financiering *aan* Nederland wordt verstrekt geen sprake van een derving van de belastinginkomsten omdat in Nederland de vergoeding op de hybride financiering niet aftrekbaar is. De Staatssecretaris heeft in het verleden dan ook wel eens opgemerkt dat het probleem van hybride financieringen niet bij Nederland ligt, maar bij het land dat de aftrek geeft.<sup>80</sup> Dit is natuurlijk wat kort door de bocht, maar geeft wel aan dat de discussie over een derving van de belastinginkomsten genuanceerder ligt dan het op het eerste gezicht misschien lijkt.

## 2.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is uiteengezet op welke wijze de fiscale kwalificatie van een vermogensverstrekking in Nederland plaatsvindt en wat daarvan de invloed is op de fiscale behandeling. Daarnaast is besproken hoe hybride financieringen ontstaan en wat de fiscale en maatschappelijke gevolgen hiervan zijn.

De wijze waarop vermogen in Nederland wordt gekwalificeerd, heeft zich met name ontwikkeld in de jurisprudentie. In het Unilever-arrest is door de Hoge Raad geoordeeld dat voor de fiscale kwalificatie van een vermogensverstrekking de civielrechtelijke vorm in beginsel beslissend is. Ondanks dat in het civiele recht geen definitie is opgenomen van eigen vermogen en vreemd vermogen, worden wel aanduidingen gegeven van wat kenmerken/vereisten van de beide vermogenssoorten zijn. Zo is een cruciaal kenmerk voor de civielrechtelijke kwalificatie als vreemd vermogen dat sprake moet zijn van

---

<sup>78</sup> Brief Staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016, Fiscaal Vestigingsklimaat, nr. 2016-0000148647, p. 5.

<sup>79</sup> Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat het lagere tarief voor alle belastingplichtigen beschikbaar komt (ook degenen die zich niet bedienen van hybride financieringen) waardoor de belastingheffing eerlijker wordt. Dit doet echter niet af aan het feit dat er per saldo geen extra belastinginkomsten worden gegenereerd als ‘hybrid mismatches’ worden bestreden.

<sup>80</sup> *Handelingen II 2007-2008*, nr. 57, p. 4049.

een (voorwaardelijke) terugbetalingsverplichting. Er gelden echter drie uitzonderingen op de hoofdregel dat de civielrechtelijke vorm beslissend is voor de fiscale kwalificatie. Schijnleningen, bodemlozeputleningen en deelnemerschapsleningen worden fiscaal altijd aangemerkt als eigen vermogen.

De kwalificatie van een vermogensverstrekking is van groot belang omdat eigen vermogen en vreemd vermogen fiscaal verschillend worden behandeld. Zo is de vergoeding op vreemd vermogen in beginsel aftrekbaar van de fiscale winst, terwijl de vergoeding op eigen vermogen dat niet is. Hier staat tegenover dat rente bij de ontvanger belast is, terwijl dividend bij de ontvanger veelal onbelast zal zijn vanwege de toepassing van de deelnemingsvrijstelling of een vergelijkbaar regime in een ander land. Naast een fiscaal onderscheid omtrent de vergoeding treedt ook bij een waardemutatie van het vermogen een verschil op. Waardemutaties van vreemd vermogen raken de winst namelijk wel, terwijl waardemutaties van eigen vermogen, bij toepassing van de deelnemingsvrijstelling, buiten beschouwing worden gelaten. In de literatuur is geopperd om het fiscale onderscheid in behandeling tussen eigen vermogen en vreemd vermogen op te heffen. Dergelijke betogen hebben zich echter nog niet in wetgeving vertaald.

Omdat ieder land in beginsel vrij is in het opzetten van zijn eigen fiscale wet- en regelgeving, hoeft het natuurlijk niet zo te zijn dat de Nederlandse systematiek waarmee vermogen wordt gekwalificeerd en behandeld gelijk is aan de systematiek in een ander land. Zo hoeft bijvoorbeeld het feit dat wij in Nederland een deelnemerschapslening herkwalficeren tot eigen vermogen, in een ander land niet te gelden. In situaties waarbij een dergelijk verschil optreedt en twee landen een vermogensverstrekking dus fiscaal verschillend kwalificeren, is sprake van een hybride financiering. Gelet op het onderscheid in behandeling van eigen en vreemd vermogen heeft het kwalificatieverschil tot gevolg dat dubbele (non-)belasting kan ontstaan. De vergoeding op de hybride financiering is in het ene land in beginsel namelijk aftrekbaar van de winst, terwijl deze in het andere land veelal zal zijn vrijgesteld vanwege toepassing van de deelnemingsvrijstelling of een vergelijkbaar regime. Dit resultaat wordt ook wel omschreven als 'deduction/ no inclusion'. Daarnaast kan een hybride financiering tot gevolg hebben dat dubbele belasting ontstaat. In dit geval is de vergoeding in het ene land niet aftrekbaar van de fiscale winst, terwijl deze in het andere land wel wordt belast. In de praktijk zal dit gevolg echter weinig voorkomen omdat (multinationale) ondernemingen zich vaak vooraf laten adviseren en de fiscaal adviseurs van de ondernemingen hen daar doorgaans voor zullen behoeden.

Naast de fiscale gevolgen van het verstrekken van hybride financieringen zijn er ook maatschappelijke gevolgen. Zo ontstaat door het gebruik van hybride financieringen oneerlijke concurrentie tussen nationaal en internationaal opererende ondernemingen omdat het belastingvoordeel dat ontstaat als gevolg van het verstrekken van een hybride financiering alleen door internationale concerns kan worden benut. Daarnaast verstoren hybride financieringen de economische efficiëntie in de maatschappij omdat investeringsbeslissingen worden beïnvloed en risico-preferent gedrag wordt gestimuleerd. Tot slot heeft

het gebruik van hybride financieringen een negatief effect op de gepercipieerde eerlijkheid en transparantie van het belastingsysteem.

## 3. De Nederlandse hybride financieringswetgeving

### 3.1 Inleiding

In de loop der jaren heeft de wetgever verschillende maatregelen getroffen om de gevolgen van hybride financieringsstructuren, waarbij in de meeste gevallen dubbele non-belasting ontstaat, te bestrijden.

In dit hoofdstuk worden de belangrijkste maatregelen uit de Wet op de Vennootschapsbelasting besproken. Naast een uiteenzetting van de wijze waarop de verschillende bepalingen trachten om hybride financieringen te bestrijden of te voorkomen, wordt ook gekeken naar de totstandkoming van deze bepalingen door onder meer de parlementaire behandeling te onderzoeken. Daarnaast wordt in dit hoofdstuk de Antibelastingontwikingsrichtlijn (ATAD) besproken. In deze richtlijn zijn bepalingen omtrent ‘hybrid mismatches’ opgenomen die zien op ‘mismatches’ als gevolg van o.a. hybride financieringen. Omdat lidstaten verplicht zijn om de bepalingen omtrent hybride financieringen vóór 1 januari 2020 in de nationale wetgeving te implementeren, is het relevant om te onderzoeken hoe deze zich verhouden tot de besproken maatregelen van de Nederlandse wetgever. Dit hoofdstuk sluit af met een samenvatting van de belangrijkste bevindingen en een antwoord op de deelvraag die in dit hoofdstuk centraal staat: *Welke maatregelen ter bestrijding van hybride financieringen heeft Nederland getroffen en welke gevolgen heeft de ATAD voor deze maatregelen?*

### 3.2 Art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969

#### 3.2.1 Achtergrond

Zoals in par. 2.2.2 is besproken, heeft de fiscaalrechtelijke kwalificatie van een kapitaalverstrekking als eigen of vreemd vermogen zich vooral ontwikkeld in de jurisprudentie.<sup>81</sup> Omdat in deze jurisprudentie - met name die van de deelnemerschapslening<sup>82</sup> - enkele objectieve criteria waren geformuleerd, opende dit voor belastingplichtigen de mogelijkheid om leningen te creëren die net wel of net niet aan deze criteria voldeden. Dergelijke leningen hadden door hun lange looptijd zeer sterk het karakter van eigen vermogen, terwijl op grond van de jurisprudentie aftrek van rente bij de geldnemer behouden bleef.<sup>83</sup> Omdat werd gevreesd dat de ontwikkeling van dergelijke fiscaal gedreven financieringsinstrumenten zou leiden tot een uitholling van de belastinggrondslag, werd art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969 per 1 januari 2002 ingevoerd.<sup>84</sup> Op grond van dit artikel komen bij het bepalen van de winst niet in aftrek:

*“vergoedingen op een geldlening alsmede waardemutaties van de lening, indien de lening onder zodanige voorwaarden is aangegaan dat deze feitelijk functioneert als eigen vermogen van de belastingplichtige.”*

---

<sup>81</sup> HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217.

<sup>82</sup> HR 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208.

<sup>83</sup> Vermeulen, H., in: *Cursus Belastingrecht*, art. 10, lid 1, onderdeel d wet VPB 1969, aant. 2.2.2.D.c.

<sup>84</sup> *Kamerstukken II 2000-2001*, 28 034, nr. 3, p. 25.

Voorafgaande aan de invoering van de bepaling is vooral vanuit de bancaire sector veel kritiek op de maatregel geleverd. De oorspronkelijk voorgestelde bepaling in het wetsvoorstel Veegwet Wet Inkomstenbelasting 2001<sup>85</sup> zou volgens deze sector onbedoeld een aanzienlijk aantal niet fiscaal gedreven bancaire producten en transacties raken. Bij brief van 9 november 2000<sup>86</sup> kondigde de Staatssecretaris daarom aan om deze bepaling in te trekken. Daarnaast kondigde hij aan de problematiek voor te leggen aan een nog in te stellen Studiegroep.<sup>87</sup> Uiteindelijk is deze Studiegroep met een rapport gekomen waarin enkele aanbevelingen zijn opgenomen die vervolgens voor een groot deel zijn overgenomen in de finale versie van art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969 zoals deze is ingevoerd en hierboven is toegelicht.

### 3.2.2 “Feitelijk functioneren als eigen vermogen”: van 2002-2007 wettelijk gedefinieerd

De bepaling van art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969 is in de loop der jaren op verschillende punten gewijzigd. Zo werd tot 2007 verwezen naar art. 10, lid 2 t/m 4, Wet VPB 1969 (oud) waarin onder andere stond opgenomen wanneer een lening precies “feitelijk functioneert als eigen vermogen”<sup>88</sup>. Omdat deze wettelijke kenmerken sterk leken op de vereisten in het door de Hoge Raad ontwikkelde leerstuk van de deelnemerschapslening<sup>89</sup>, rees de vraag wat precies de verhouding was tussen deze wettelijke invulling en het leerstuk van de Hoge Raad. Ondanks dat de Staatssecretaris<sup>90</sup> expliciet aangaf dat geen sprake was van codificatie van het leerstuk van de deelnemerschapslening, bleef veel onduidelijkheid bestaan en werd de wettelijke invulling als onnodig ingewikkeld ervaren.<sup>91</sup> Daarenboven bleek uit de parlementaire toelichting op het wetsvoorstel ‘Werken aan winst’ dat de wettelijke invulling in de praktijk weinig werd toegepast.<sup>92</sup> Dit leek er volgens de wetgever op te duiden dat het veronderstelde gevaar van uitholling van de belastinggrondslag zich in werkelijkheid niet voordeed. De wetgever besloot daarom om art. 10, lid 2 t/m 4 Wet VPB 1969 (oud) te vereenvoudigen en de wettelijke invulling te schrappen. Op advies van de Raad van State werd art. 10, lid 1, onderdeel d, eerste volzin in stand gelaten. Volgens de Raad zou uit het schrappen van de gehele bepaling kunnen worden afgeleid dat naar de bedoeling van de wetgever rente op leningen die onder het bereik van art. 10, lid 1, onderdeel d vielen (hierna: “10-1-d-leningen”), daarna weer aftrekbaar zouden zijn.<sup>93</sup>

---

<sup>85</sup> *Kamerstukken II* 2000-2001, 27 466, nr. 1-2.

<sup>86</sup> *Kamerstukken II* 2000-2001, 27 466, nr. 4.

<sup>87</sup> *Kamerstukken II* 2000-2001, 27 466, nr. 4.

<sup>88</sup> Zie bijlage A voor de volledige wettekst van art. 10, lid 2 t/m 4 Wet VPB 1969 (oud).

<sup>89</sup> HR 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208.

<sup>90</sup> Brief Staatssecretaris van Financiën van 11 juli 2002, nr. WDB 2001-665.

<sup>91</sup> Zie o.a. Van der Linden, M.H.G.M., en Hu, H.L., WFR 2004/1156, par. 4-5 en Brandsma, R.P.C.W.M., in: *Hybride leningen (FM 106)*, p. 94.

<sup>92</sup> *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 572, nr. 3, p. 19.

<sup>93</sup> *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 572, nr. 4, p. 14.

Alhoewel ik het toejuich dat de wettelijke definitie van een lening die feitelijk functioneert als eigen vermogen is komen te vervallen, ben ik met Van Strien<sup>94</sup> van mening dat de argumentatie in de wetgever parlementaire behandeling weinig overtuigend is. Zo wordt onder meer als reden gegeven dat de wettelijke invulling in de praktijk weinig werd toegepast.<sup>95</sup> Dat vind ik vreemd omdat deze juist een antimisbruikarakter had om te voorkomen dat fiscaal gedreven financieringsinstrumenten zouden worden ontwikkeld.<sup>96</sup> Het was dus ook bedoeld om weinig gebruikt te worden. Van Strien vergelijkt het afschaffen van de wettelijke invulling als het bouwen van een hek om een gevangenis om het vervolgens af te breken na de constatering dat niemand probeert te ontsnappen. De tweede reden voor het schrappen van de wettelijke invulling, de door de praktijk ervaren complexiteit, acht ik ook weinig onderbouwd. Ondanks dat ik het met de wetgever eens ben dat wetgeving idealiter zo eenvoudig mogelijk moeten worden vormgegeven, is dit bij de invoering van andere complexe wetgeving niet of nauwelijks een criterium geweest.<sup>97</sup> Het is de vraag waarom dat in dit geval dan wel als argument wordt gebruikt.

### 3.2.3 Herziening van art. 10, lid 1, onderdeel d

Door de afschaffing van lid 2 t/m 4 (oud) werd voor de beoordeling van wanneer sprake is van een 10-1-d-lening teruggevallen op de door de Hoge Raad ontwikkelde criteria inzake de deelnemerschapslening.<sup>98</sup> Hierdoor is na de herziening van de bepaling een 10-1-d-lening gelijk komen te staan met een deelnemerschapslening. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel ‘Werken aan winst’ is gevraagd of met het terugvallen op de jurisprudentie ook is bedoeld op de jurisprudentie omtrent de schijnlening en de bodemlozeputlening.<sup>99</sup> De Staatssecretaris heeft deze vraag ontkennend beantwoord.<sup>100</sup> De redenering hierachter is kort gezegd als volgt: bij een schijnlening is in werkelijkheid, ook civielrechtelijk, geen sprake van een lening, maar van een kapitaalverstrekking. Omdat civielrechtelijk geen sprake is van een lening waarop rente kan worden betaald, wordt aan de toepassing van art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969 niet toegekomen. Bij een bodemlozeputlening is sprake van een storting die het vermogen van de crediteur blijvend heeft verlaten en die is toegevoegd aan het vermogen van de debiteur. Fiscaal is dus geen sprake meer van een schuld, zodat aan de toepassing van art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969 niet wordt toegekomen, aldus de Staatssecretaris.<sup>101</sup> In mijn optiek klopt deze uitleg niet. In het geval van de deelnemerschapslening is fiscaal ook geen sprake meer van een lening waar rente op zou kunnen worden afgetrokken. Net als de schijnlening en de bodemlozeputlening wordt een deelnemerschapslening immers fiscaal geherkwalificeerd tot eigen vermogen. Met andere woorden, op grond van de jurisprudentie is aftrek

---

<sup>94</sup> Van Strien, J., in: *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting (FM 119)*, p. 191.

<sup>95</sup> *Kamerstukken II 2005-2006*, 30 572, nr. 3, p. 19.

<sup>96</sup> *Kamerstukken II 2001-2002*, 28 034, nr. 3, p. 25.

<sup>97</sup> Een goed voorbeeld acht ik art. 28c, Wet VPB 1969 inzake de compartimenteringsreserve.

<sup>98</sup> *Kamerstukken II 2005-2006*, 30 572, nr. 3, p. 56.

<sup>99</sup> HR 27 januari 1988, nr. 23.919, BNB 1988/217.

<sup>100</sup> *Kamerstukken II 30 572*, nr. 8, p. 44-45.

<sup>101</sup> *Kamerstukken II 30 572*, nr. 8, p. 44-45.

van rente op een deelnemerschapslening al uitgesloten. Een wettelijke aftrekbeperking op dergelijke leningen lijkt dan, net als bij de schijnlening en de bodemlozeputlening, niet nodig.

Zoals aangegeven in par. 3.2.2 is de aftrekbeperking van art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969 op advies van de Raad van State behouden. Gevreesd werd dat uit de afschaffing van de bepaling afgeleid zou kunnen worden dat het de bedoeling van de wetgever zou zijn om rente op dergelijke leningen weer in aftrek toe te staan.<sup>102</sup> Toch bestaat in de literatuur discussie of de bepaling niet overbodig is geworden aangezien een 10-1-d-lening na de herziening gelijk is komen te staan met een deelnemerschapslening en de rente op deze leningen op grond van de jurisprudentie niet aftrekbaar is. Van Strien<sup>103</sup> is van mening dat het handhaven van de bepaling niet noodzakelijk is. Dit baseert hij op het feit dat de jurisprudentie een op zichzelf staande rechtsbron is waardoor een wettelijke bepaling niet nodig is. Daar staat tegenover dat hij de codificatie vanuit het oogpunt van rechtszekerheid kan begrijpen. Vermeulen<sup>104</sup> meent dat de wetgever er verstandig aan heeft gedaan om de bepaling van art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969 te handhaven. In zijn optiek fungeert de bepaling als een taalkundig hulpmiddel waarnaar kan worden verwezen indien op andere plaatsen in de wet verwijzing naar de deelnemerschapslening wenselijk wordt geacht. Ondanks deze discussie in de literatuur bestaat op dit moment geen voornemen bij de wetgever om de bepaling te schrappen.

### 3.3 Art. 13, lid 3, onderdeel b Wet VPB 1969 (2002-2007)

#### 3.3.1 Achtergrond

Gelijktijdig met het invoeren van art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969 heeft de wetgever art. 13, lid 3 Wet VPB 1969<sup>105</sup> (oud) aangepast.<sup>106</sup> Deze bepaling regelt de doorwerking van 10-1-d-leningen<sup>107</sup> in het regime van de deelnemingsvrijstelling. Op grond van deze bepaling is – kort gezegd - de deelnemingsvrijstelling van toepassing op de voordelen uit een 10-1-d-lening indien de schuldeiser een deelneming heeft in de schuldenaar. De deelneming sleept dan als het ware de 10-1-d-lening mee in de deelnemingsvrijstelling. Dit leidt in deelnemingsituaties tot een evenwichtige heffing omdat tegenover de niet-aftrekbaarheid van de vergoeding bij de schuldenaar een vrijgestelde opbrengst bij de schuldeiser staat. In situaties waarin de schuldeiser echter géén deelneming heeft in de schuldenaar ontstaat dubbele belasting omdat de vergoeding bij de debiteur niet aftrekbaar is, maar bij de crediteur wel wordt belast. Vanuit de gedachte dat evenwicht moet bestaan tussen de behandeling van de vergoeding bij de debiteur en de behandeling van de vergoeding bij crediteur, is dit lastig te begrijpen. Tijdens de parlementaire

---

<sup>102</sup> *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 572, nr. 4, p. 14.

<sup>103</sup> Van Strien, J., in: *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting (FM 119)*, p. 194.

<sup>104</sup> Vermeulen, H., in: *Cursus Belastingrecht*, art. 10, lid 1, onderdeel d wet VPB 1969, aant. 2.2.2.D.d.

<sup>105</sup> Het huidige art. 13, lid 4 Wet VPB 1969.

<sup>106</sup> Zie bijlage B voor de volledige wettekst van art. 13, lid 3 Wet VPB 1969 (oud).

<sup>107</sup> Zoals aangegeven in par. 3.2.3 zijn dergelijke leningen na de herziening van art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969 gelijk aan deelnemerschapsleningen.

behandeling heeft de Staatssecretaris zich echter op het standpunt gesteld dat deze dubbele belasting geoorloofd is omdat belastingplichtigen de mogelijkheid zouden hebben tot deelnemen in het lichaam door middel van hun aandelenbelang.<sup>108</sup> Bakker en Bruin<sup>109</sup> menen dat dit niet altijd opgaat. Zij stellen dat het goed mogelijk is dat een uitbreiding van het aandelenbelang door de andere aandeelhouders wordt tegengehouden omdat deze aandeelhouders niet geneigd zouden zijn om stemrecht af te staan. Sinds de invoering van de Flex-BV-wetgeving gaat dit argument echter niet meer op omdat ook stemrechtloze aandelen kunnen worden uitgegeven. Hofman<sup>110</sup> merkt op dat de Hoge Raad zich tot op heden nog niet over een dergelijke situatie, met dubbele belasting tot gevolg, heeft uitgelaten. Hij acht het gezien de ontwikkeling van de jurisprudentie niet onwaarschijnlijk dat de Hoge Raad in dergelijke gevallen de deelnemingsvrijstelling toch van toepassing zal achten. Mijns inziens is de economisch dubbele belasting in situaties waarbij de schuldeiser geen deelneming heeft in de schuldenaar aanvaardbaar. Dit gevolg treedt namelijk ook op in situaties zonder een 10-1-d-lening waar geen sprake is van een aandelenbelang van ten minste 5%.

### 3.3.2 Grensoverschrijdende situaties

Naast de voorwaarde dat sprake moet zijn van een deelneming in de schuldenaar, gold tot 2007 in grensoverschrijdende situaties een extra vereiste voor belastingplichtigen met een 10-1-d-lening. Dit vereiste had een antimisbruik karakter en beoogde te voorkomen dat belastingplichtigen zouden inspelen op kwalificatieverschillen tussen Nederland en het buitenland.<sup>111</sup> Nederland herkwalificeert immers op grond van de jurisprudentie een 10-1-d-lening tot eigen vermogen, maar deze herkwalificatie hoeft in het buitenland natuurlijk niet gevolgd te worden. Op grond van art. 13, lid 3, onderdeel b, tweede volzin (oud) was:

*“met betrekking tot een schuldvordering op een niet in Nederland gevestigd lichaam, [PV: de deelnemingsvrijstelling] slechts van toepassing indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat in het andere land bij de schuldenaar de vergoeding op die schuldvordering bij de belastingheffing over de winst buiten aanmerking blijft, omdat aldaar de schuld bij de schuldenaar wordt behandeld als eigen vermogen”*

In feite hield deze bepaling in dat belastingplichtigen met een aan een buitenlandse deelneming verstrekte 10-1-d-lening twee feiten aannemelijk moesten maken om de deelnemingsvrijstelling toe te kunnen passen: i) de vergoeding mocht bij de buitenlandse schuldenaar niet in aftrek zijn gekomen en ii) de reden van deze niet-aftrekbaarheid moest zijn gelegen in het feit dat de 10-1-d-lening bij de buitenlandse schuldenaar als eigen vermogen werd behandeld.<sup>112</sup> Zonder deze antimisbruikbepaling

<sup>108</sup> Kamerstukken II 2001-2002, 28 034, nr. 5.

<sup>109</sup> Bakker, M.J.B. en Bruin, P.J.M., TFO 2002/1.

<sup>110</sup> Hofman, A.W., MBB 2006/10, par. 3.3.

<sup>111</sup> Kamerstukken II 2001-2002, 28 034, nr. A, p. 20.

<sup>112</sup> Vleggeert, J., in: *Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht (FM 132)*, p. 135.



werd – terecht - gevreesd dat belastingplichtigen structuren zouden creëren waarin als gevolg van de Nederlandse herkwalficatie geen heffing plaatsvindt, terwijl in het andere land de rente wel aftrekbaar zou zijn ('deduction/no inclusion').

Tijdens de parlementaire behandeling is gevraagd hoe een belastingplichtige met een grensoverschrijdende 10-1-d-lening dit precies aannemelijk moest maken. De Staatssecretaris heeft daarop geantwoord dat dit kon worden aangetoond door middel van de administratie en de belastingaangifte met aanslagen van de buitenlandse schuldenaar.<sup>113</sup> Tevens merkt hij op dat het onderling verstrekken van de desbetreffende informatie "geen probleem behoeft te zijn", omdat het hier om een gelieerde verhoudingen gaat. Ik deel deze visie van de Staatssecretaris in situaties waarbij de schuldeiser een meerderheid van de aandelen in de schuldenaar bezit. Met Van Strien<sup>114</sup> ben ik echter van mening dat in situaties waarbij de schuldeiser een kleiner belang in de schuldenaar heeft, de informatie mogelijk moeilijker te bemachtigen is.

Een ander vraagpunt is wat een belastingplichtige moet doen als de schuldenaar vanwege een discussie met de inspecteur nog geen duidelijkheid heeft over de wijze waarop de vergoeding in het andere land wordt behandeld. Volgens de letterlijke tekst van de wet kan de belastingplichtige op dat moment niet aannemelijk maken dat de vergoeding buiten aanmerking blijft omdat de 10-1-d-lening als eigen vermogen wordt aangemerkt. Hierdoor is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing op de vergoeding die wordt ontvangen. Indien echter op een later moment komt vast te staan dat de vergoeding toch buiten aanmerking blijft, is het de vraag of het belastbaar bedrag van de belastingplichtige later nog wordt verminderd.<sup>115</sup> Volgens Van Strien<sup>116</sup> is deze problematiek tijdens de parlementaire behandeling niet aan de orde gekomen, maar is dit wel dermate belangrijk dat de wetgever hierover meer duidelijkheid zou moeten verschaffen. Bobeldijk en Hofman<sup>117</sup> menen dat in dergelijke situaties een ambtshalve vermindering moet worden verleend, mits de ambtshalve vermindering binnen de daarvoor gestelde termijn plaatsvindt.<sup>118</sup>

Tot slot is door Nickel e.a.<sup>119</sup> opgemerkt dat op basis van de letterlijke tekst van art. 13, lid 3, onderdeel b, tweede volzin (oud), de deelnemingsvrijstelling volledig werd uitgesloten indien de vergoeding bij de schuldenaar slechts deels aftrekbaar was. In de praktijk kwam dit onder andere voor indien in het andere land zogenoemde 'thin capitalisation' regels golden waardoor bijvoorbeeld 25% van de rente aftrekbaar is en 75% niet. Ondanks dat dan slechts 25% van de rente aftrekbaar is, werd de

---

<sup>113</sup> *Kamerstukken II 2001-2002*, 28 034, nr. 5, p. 27.

<sup>114</sup> Van Strien, J., in: *Renteaftrekbeperingen in de vennootschapsbelasting (FM 119)*, p. 223.

<sup>115</sup> Ervan uitgaande dat de bezwaartermijn voor de belastingplichtige is verstreken.

<sup>116</sup> Van Strien, J., in: *Renteaftrekbeperingen in de vennootschapsbelasting (FM 119)*, p. 224.

<sup>117</sup> Bobeldijk, A.C.P., en Hofman, A.W., MBB 2002/309, par. 3.2.

<sup>118</sup> Deze termijn is gelijk aan de navorderingstermijn en bedraagt op grond van art. 16 AWR in beginsel vijf jaar.

<sup>119</sup> Nickel, S.F.M. e.a., FED 2002/117, par. 3.8.

deelnemingsvrijstelling voor 100% uitgesloten. Om dit probleem op te lossen, werd voorgesteld om vanaf 1 januari 2003 de deelnemingsvrijstelling partieel toe te passen.<sup>120</sup> Per 1 januari 2003 luidde de wettekst daarom als volgt:

*“met betrekking tot een schuldvordering op een niet in Nederland gevestigd lichaam, [PV: is de deelnemingsvrijstelling] slechts van toepassing voor zover de belastingplichtige aannemelijk maakt dat (...)”*

Met andere woorden, alleen “voor zover” de rente in het buitenland aftrekbaar was, werd de deelnemingsvrijstelling buiten toepassing gelaten. Dit is een belangrijke tegemoetkoming van de wetgever en zal bij de bespreking van het recent ingevoerde zeventiende lid van art. 13 Wet VPB 1969 ook een rol gaan spelen.

Zoals hiervoor al genoemd is vanaf 2007 de additionele eis voor 10-1-d-leningen in grensoverschrijdende situaties vervallen. De Staatssecretaris motiveerde deze wijziging met de opmerking dat de grondslaguitholling als gevolg van het kwalificatieverschil niet optreedt in Nederland, maar in het buitenland:

*“Wij belasten die betreffende activiteiten [PV: de vergoeding op een 10-1-d-lening] zoals wij vinden dat ze moeten worden belast. (...) Dat een ander land een andere kwalificatie kiest en zegt: dit is rente en dus aftrekbaar, is aan dat andere land. Ik wil geen belastinginspecteur voor de wereld hoeven zijn.”<sup>121</sup>*

Vleggeert<sup>122</sup> is van mening dat het standpunt van de Staatssecretaris niet strookt met de doelstelling en de ratio van de deelnemingsvrijstelling. Door middel van de deelnemingsvrijstelling beoogt Nederland economisch dubbele belasting te voorkomen zodat Nederlandse ondernemingen in het buitenland op gelijke voet met lokale ondernemingen kunnen concurreren.<sup>123</sup> Wanneer rente in een ander land echter aftrekbaar is, is geen sprake van economisch dubbele belasting en hoeft Nederland de deelnemingsvrijstelling dus ook niet toe te passen. Daarenboven zijn als gevolg van de dubbele non-belasting op de vergoeding Nederlandse ondernemingen niet gelijk, maar juist beter af dan lokale ondernemingen in het buitenland. Hij komt dan ook tot de conclusie dat het afschaffen van de bepaling niet te rechtvaardigen is vanuit de doelstelling en de ratio van de deelnemingsvrijstelling.

---

<sup>120</sup> *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 487, nr. 3, p. 41.

<sup>121</sup> *Handelingen II* 2007-2008, nr. 57, p. 4049.

<sup>122</sup> Vleggeert, J., WFR 2013/1426, par. 2.1.1.

<sup>123</sup> *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 572, nr. 10, p. 6.

## 3.4 Art. 13, lid 17 Wet VPB 1969

### 3.4.1 Achtergrond

De meest recente maatregel op het gebied van hybride financieringen is het per 1 januari 2016 ingevoerde art. 13, lid 17 Wet VPB 1969.<sup>124</sup> Deze bepaling vloeit voort uit de op 8 juli 2014 aangenomen wijziging<sup>125</sup> (hierna: “de wijzigingsrichtlijn”) van art. 4, lid 1 van de Moeder-dochterrichtlijn<sup>126</sup> (hierna: “MDR”). Op grond van deze gewijzigde bepaling zijn lidstaten verplicht om de winst die wordt uitgekeerd door een dochteronderneming vrij te stellen van belastingheffing voor zover deze niet aftrekbaar is bij de dochter en te belasten voor zover die winst wel aftrekbaar is. Nieuw is de verplichting voor de lidstaat waar de moederverenootschap is gevestigd om belasting te heffen indien de uitgekeerde winst aftrekbaar is bij de dochter. Volgens Kavelaars<sup>127</sup> blijkt uit deze wijziging dat bij de totstandkoming van de MDR kennelijk niet is onderkend dat de winstuitkering in de lidstaat van de dochter fiscaalrechtelijk anders zou kunnen worden behandeld dan gebruikelijk, te weten niet aftrekbaar. Dat is met deze wijzigingsrichtlijn gerepareerd. Uit de considerans bij de wijzigingsrichtlijn volgt dat het doel van deze wijziging is gelegen in:

*“het vermijden van situaties van dubbele niet-heffing als gevolg van incongruenties in de fiscale behandeling van winstuitkeringen door de lidstaten.”*<sup>128</sup>

Hierdoor worden onbedoelde belastingvoordelen voor grensoverschrijdende ondernemingen bestreden en wordt qua belastingheffing een ‘level playing field’ gecreëerd tussen dergelijke concerns en groepen die hun activiteiten in één lidstaat verrichten. Lidstaten kregen tot 1 januari 2016 de tijd om de wijzigingsrichtlijn in de nationale wetgeving te implementeren.

### 3.4.2 Mondiale reikwijdte

Nederland heeft aan bovengenoemde verplichting voldaan door middel van een aanpassing in de deelnemingsvrijstelling.<sup>129</sup> Op grond van het nieuwe art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 is – kort gezegd – de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing op vergoedingen of betalingen van een deelneming die door de deelneming in aftrek kunnen worden gebracht. Ondanks dat de wijzigingsrichtlijn enkel dwingend is voor intra EU-situaties, heeft de Nederlandse regering ervoor gekozen de maatregel ook door te voeren in relatie tot derde landen. Volgens de regering is hiervoor gekozen omdat dat past binnen het wereldwijde toepassingsbereik van de deelnemingsvrijstelling.<sup>130</sup> Daarnaast zou de bepaling, indien beperkt tot EU-deelnemingen, gemakkelijk kunnen worden ontgaan door financieringsstromen te

---

<sup>124</sup> Wet Implementatie Moeder-dochterrichtlijn 2015, *Stb.* 2015, 543.

<sup>125</sup> Richtlijn 2014/86/EU.

<sup>126</sup> Richtlijn 2011/96/EU.

<sup>127</sup> Kavelaars, P., TFO 2017/150.5, par. 3.2.

<sup>128</sup> Considerans bij Richtlijn 2014/86/EU, punt 3.

<sup>129</sup> Veel andere mogelijkheden zijn er ook niet lijkt mij.

<sup>130</sup> *Kamerstukken II* 2015-2016, 34 306, nr. 3, p. 2.

verplaatsen naar derde landen.<sup>131</sup> Uit de parlementaire stukken blijkt dat andere landen zoals Duitsland, België en Frankrijk ook hebben gekozen voor een wereldwijde implementatie van de wijzigingsrichtlijn.<sup>132</sup> Voor zover bekend is Luxemburg het enige land dat niet heeft gekozen voor de mondiale reikwijdte. De regering verwacht echter dat, gezien de internationale ontwikkelingen tegen ‘mismatches’, ook Luxemburg op termijn naar een mondiale werking zal moeten overschakelen.<sup>133</sup>

In de literatuur zijn de meningen over de noodzaak van een mondiale reikwijdte verdeeld. Van der Geld en Hofman<sup>134</sup> menen dat de keuze van de wetgever te begrijpen valt gelet op het feit dat hij geen “achterhoedegevecht” heeft willen voeren door ‘mismatches’ in relatie tot derde landen tijdelijk te laten bestaan. De Smit<sup>135</sup> meent dat de wetgever zich op deze manier inzet voor een duurzaam goed fiscaal vestigingsklimaat. Hier zal Nederland volgens hem op de lange termijn de vruchten van plukken omdat NGO’s deze beweging ook door zullen krijgen en hun pijlen meer op de niet-coöperatieve lidstaten zullen richten. De Vries<sup>136</sup> is daarentegen van mening dat de wetgever met deze benadering Nederland als vestigingsland geen goede dienst bewijst. Volgens hem maakt de wetgever niet duidelijk waarom Nederland het “(aller)braafste jongetje van de EU-klas moet zijn”. Gelet op de keuze van Luxemburg en onze concurrentiepositie ten opzichte van dat land, kan ik dit argument van De Vries begrijpen. Desondanks acht ik de keuze van de wetgever voor een mondiale reikwijdte de juiste. Nederland heeft aangegeven een “pro-actieve houding” na te streven in de strijd tegen belastingontwijking.<sup>137</sup> Het laten bestaan van de mogelijkheid om financieringsstromen via derde landen te structureren zou daar niet mee overeenstemmen. Bovendien moet Nederland (net als alle andere lidstaten) op grond van de ATAD 2 vóór 1 januari 2020 toch naar een mondiale reikwijdte. Het tijdelijk laten bestaan van ‘mismatches’ met derde landen levert mijns inziens dan ook niet veel op voor het fiscale vestigingsklimaat in Nederland.

### 3.4.3 Aftrekbaarheid van de vergoeding

Artikel 13, lid 17 Wet VPB 1969 sluit toepassing van de deelnemingsvrijstelling uit op voordelen ontvangen van een deelneming voor zover deze voordelen bestaan uit:

---

<sup>131</sup> Verbeek, P.T.F.C., ‘De nieuwe anti-mismatchbepaling in de deelnemingsvrijstelling’, Rotterdam: Erasmus Universiteit, april 2017.

<sup>132</sup> *Kamerstukken II* 2015-2016, 34 306, nr. 3, p. 3.

<sup>133</sup> *Kamerstukken I* 2015-2016, 34 302, nr. G, p. 76-77.

<sup>134</sup> Van der Geld, J.A.G., en Hofman, A.W., in: *De deelnemingsvrijstelling en de deelnemingsverrekening (FM nr. 149)*, Deventer: Kluwer, p. 91.

<sup>135</sup> De Smit, R.C., ‘Implementatie Moeder-dochterrichtlijn: Wordt de onzakelijke lening populair?’, *Taxlive.nl*, 27 oktober 2015.

<sup>136</sup> De Vries, R.J., WFR 2015/1376, p. 3.

<sup>137</sup> Brief Staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016, Fiscaal Vestigingsklimaat, nr. 2016-0000148647.

*“vergoedingen van of betalingen door het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden voor zover deze rechtens dan wel in feite direct of indirect in aftrek kunnen worden gebracht op de grondslag van een naar de winst geheven belasting”*

Bij de beoordeling of de vergoeding/betaling van de dochtermaatschappij in aftrek komt, is volgens de memorie van toelichting relevant of deze “naar haar aard” in aftrek kan komen bij de bepaling van de totaalwinst van dat lichaam.<sup>138</sup> Indien een vergoeding/betaling “naar haar aard” in aftrek kan komen, wordt de deelnemingsvrijstelling op dat voordeel geweigerd, ongeacht de vraag of de vergoeding/betaling in dat land feitelijk in aftrek is gekomen. In de nota naar aanleiding van het verslag geeft de Staatssecretaris namelijk aan dat de term “aftrekbaar” uit de wijzigingsrichtlijn betekent dat de vergoeding/betaling in aftrek *kan* worden gebracht, niet dat de vergoeding daadwerkelijk in aftrek *is* gebracht.<sup>139</sup> Voorts heeft hij in de memorie van toelichting aangegeven dat de werking van een algemene renteaftrekbeperking, zoals een earnings-strippingbepaling of een thin-capitalisationbepaling, geen afbreuk doet aan het feit dat een vergoeding/betaling naar haar aard in aftrek kan worden gebracht.<sup>140</sup> Dit geldt blijkens de nota naar aanleiding van het verslag eveneens voor een specifieke renteaftrekbeperking, zoals een art. 10a-Wet VPB-achtige bepaling.<sup>141</sup> Het opmerkelijke is dat in dergelijke situaties *de facto* géén sprake is van een aftrekbare vergoeding, waardoor uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling leidt tot economisch dubbele belasting. De vergoeding is immers (deels) niet aftrekbaar bij de deelneming in het buitenland, maar wel geheel belast bij de moedermaatschappij in Nederland. Dit punt is in de parlementaire behandeling door verschillende partijen naar voren gebracht. De Staatssecretaris gaf aan het onwenselijk te vinden om aan te sluiten bij de daadwerkelijke aftrek omdat dit niet alleen ingewikkeld en arbitrair zou zijn, maar ook een grote extra uitvoeringslast voor de Belastingdienst zou opleveren.<sup>142</sup>

In de literatuur<sup>143</sup> is – mijns inziens terecht – flinke kritiek geuit op deze benadering van de regering.<sup>144</sup> Het accepteren van economisch dubbele belasting is namelijk in strijd met doel en strekking van zowel de MDR als de deelnemingsvrijstelling. Daarenboven is blijkens de considerans bij de wijzigingsrichtlijn ook enkel beoogd om situaties van dubbele niet-heffing te bestrijden.<sup>145</sup> In situaties waarin dubbele niet-heffing niet aan de orde is zou de bepaling in mijn optiek dan ook niet moeten gelden. Met de leden van de VVD-fractie ben ik van mening dat de maatregel van lid 17 verder gaat dan

---

<sup>138</sup> *Kamerstukken II 2015-2016*, 34 306, nr. 3, p. 6.

<sup>139</sup> *Kamerstukken II 2015-2016*, 34 306, nr. 6, p. 13.

<sup>140</sup> *Kamerstukken II 2015-2016*, 34 306, nr. 3, p. 7.

<sup>141</sup> *Kamerstukken II 2015-2016*, 34 306, nr. 6, p. 13.

<sup>142</sup> *Kamerstukken II 2015-2016*, 34 306, nr. 6, p. 4.

<sup>143</sup> Zie o.a. De Vries, WFR 2015/1376, Sahin, MBB 2016/2 en Ruijschop, NTFR-B 2016/22.

<sup>144</sup> Verbeek, P.T.F.C., ‘De nieuwe anti-mismatchbepaling in de deelnemingsvrijstelling’, Rotterdam: Erasmus Universiteit, april 2017.

<sup>145</sup> Considerans bij Richtlijn 2014/86/EU, punt 3.

nodig is en zodoende tot ‘overkill’ leidt.<sup>146</sup> Daarnaast acht ik het argument van de Staatssecretaris dat aansluiten bij de daadwerkelijke aftrek te ingewikkeld zou zijn, niet overtuigend. Tussen 2002-2007 was dit op grond van art. 13, lid 3, onderdeel b Wet VPB 1969 (oud) immers ook vereist voor belastingplichtigen met een grensoverschrijdende 10-1-d-lening. Zoals in par. 3.3.2 is aangegeven, moesten belastingplichtigen aannemelijk maken dat de vergoeding op een 10-1-d-lening niet aftrekbaar was om de deelnemingsvrijstelling toe te kunnen passen. Destijds merkte de Staatssecretaris op dat belastingplichtigen dit konden aantonen door middel van de administratie en de belastingaangifte met aanslagen van de buitenlandse dochter. Tevens was de Staatssecretaris van mening dat het aantonen van deze niet-aftrekbaarheid “*geen probleem hoefde te zijn*” omdat sprake is van gelieerde verhoudingen.<sup>147</sup> Gelet op de technologische ontwikkelingen in de afgelopen vijftien jaar en de verbeterde informatie-uitwisseling tussen landen vraag ik mij ten eerste af waarom dit uitgangspunt niet meer zou gelden.

Vanwege de uitgesproken kritiek tijdens de parlementaire behandeling heeft de Staatssecretaris toegezegd om bij EU-commissaris Moscovici navraag te doen of de wijze waarop Nederland de wijzigingsrichtlijn heeft geïmplementeerd proportioneel is.<sup>148</sup> Volgens Moscovici lijkt de Nederlandse implementatie in lijn te zijn met wijzigingsrichtlijn.<sup>149</sup> Hij geeft aan dat de wijzigingsrichtlijn niet eist dat een winstuitkering daadwerkelijk moet zijn afgetrokken. Bovendien meent hij dat de vergoedingen die Nederland uitsluit voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling buiten de reikwijdte van de MDR vallen omdat deze in de bronstaat worden gekwalificeerd als vreemd vermogen en de MDR beperkt is tot uitkeringen van winst. Ik acht het opmerkelijk dat de conclusies van Moscovici niet uitgebreider zijn onderbouwd. Met name ben ik benieuwd naar de argumenten op grond waarvan Moscovici van mening is dat een vergoeding niet daadwerkelijk moet zijn afgetrokken. Daarnaast betwijfel ik of de interpretatie van Moscovici met betrekking tot de toepasselijkheid en de reikwijdte van de MDR juist is. Volgens Smit<sup>150</sup> is de heersende leer in de literatuur namelijk dat de term “uitgekeerde winst” EU-rechtelijk en onafhankelijk van het nationale recht van de betrokken lidstaten moet worden uitgelegd (en dus ook onafhankelijk van de kwalificatie in de bronstaat). Bovendien meent hij dat deze term ruim en materieel dient te worden ingevuld waardoor niet alleen formele dividendbetalingen, maar *alle* winstverschuivingen van dochter naar moeder zonder gelijkwaardige tegenprestatie onder de reikwijdte van de MDR vallen. Het feit dat een vergoeding als rente wordt aangemerkt door de bronstaat sluit dus niet uit dat een dergelijke vergoeding voor de MDR (deels) als uitgekeerde winst moet worden aangemerkt. Dat Nederland de deelnemingsvrijstelling buiten toepassing laat op dergelijke vergoedingen acht ik juist. De reden hiervoor is echter niet - zoals Moscovici beweert - omdat deze

---

<sup>146</sup> *Kamerstukken I* 2015-2016, 34 302, nr. E, p. 42.

<sup>147</sup> *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 034, nr. 5, p. 27.

<sup>148</sup> *Handelingen I* 2015-2016, 34 306, nr. 14, p. 23.

<sup>149</sup> Brief Staatssecretaris van Financiën van 27 mei 2016, nr. AFP/2016/312M.

<sup>150</sup> Smit, D.S., De onzakelijk lening ‘omlaag’ en de Moeder-dochterrichtlijn in: *Strik(t) Fiscaal?* (*Strikbundel*), par 2.1.

vergoedingen buiten de reikwijdte van de MDR vallen. Het feit dat in Nederland geen vrijstelling wordt verleend, is in mijn optiek vereist op grond van de antimisbruikbepaling van art. 4, lid 1 MDR.

Bovenstaande kritiek uit zowel de literatuur als de parlementaire behandeling geeft mijns inziens goed weer dat niet met zekerheid kan worden gesteld dat Nederland de wijzigingsrichtlijn juist heeft geïmplementeerd. Ook de conclusies van Moscovici geven hier geen uitsluitel over. Het is uiteindelijk aan de rechter om te oordelen of de Nederlandse implementatie in lijn is met de wijzigingsrichtlijn.

#### 3.4.4 Toepassingsbereik

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Implementatie Moeder-dochterrichtlijn 2015 heeft de Staatssecretaris toelichting gegeven over wat naar zijn mening precies onder het bereik van art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 valt:

*“Het voorgestelde artikel ziet op mismatches die het gevolg zijn van het [hybride: PV] karakter van het instrument. Hierdoor beoordeelt de ene staat de ter zake van de op de hybride verstrekking betrekking hebbende vergoeding of betaling naar hun aard anders dan de andere staat.”*<sup>151</sup>

Daarnaast is in de parlementaire behandeling opgemerkt dat de bepaling niet ziet op ‘mismatches’ door toepassing van het leerstuk van de onzakelijke lening of die het gevolg zijn van een verschillende verrekenprijsbenadering.<sup>152</sup> Een dergelijke ‘mismatch’ kan ontstaan indien een Nederlandse moederverenootschap een onzakelijke lening met een rentepercentage van bijvoorbeeld 10% aan een buitenlandse dochterverenootschap verstrekt. Op grond van de door de Hoge Raad ontwikkelde borgstellingsanalogie dient de rente voor Nederlandse fiscale doeleinden gesteld te worden op de rente die de (buitenlandse) debiteur had moeten vergoeden indien hij met een borgstelling van de moederverenootschap onder overigens gelijke voorwaarden van een derde had geleend.<sup>153</sup> Het verschil tussen de feitelijk overeengekomen rente (10%) en de rente die is vastgesteld op grond van de borgstellingsanalogie (stel 6%) wordt in Nederland aangemerkt als verkapt dividend en valt op grond van de eerdergenoemde uitspraken in de parlementaire geschiedenis buiten het bereik van art. 13, lid 17 Wet VPB 1969. Met andere woorden, dit gedeelte wordt in beginsel vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling. Indien vervolgens in het land waar de dochter is gevestigd het feitelijk overeengekomen rentepercentage van 10% aftrekbaar blijft omdat dit land de borgstellingsanalogie (zeer waarschijnlijk) niet (er)kent, is toch sprake van dubbele non-belasting.<sup>154</sup> Art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 voorkomt de gevolgen van dergelijke ‘mismatches’ niet.

---

<sup>151</sup> *Kamerstukken II 2015-2016, 34 306, nr. 6, p. 3.*

<sup>152</sup> *Kamerstukken II 2015-2016, 34 306, nr. 6, p. 13.*

<sup>153</sup> HR 25 november 2011, nr. 08 05323, BNB 2012/37.

<sup>154</sup> In het voorbeeld zou de lening ook door een lening met een onzakelijk hoog rentepercentage kunnen worden vervangen. Op grond van het ‘at arm’s length’-beginsel van art. 8b Wet VPB 1969 wordt de rente in Nederland gecorrigeerd naar een zakelijk niveau. Indien in het land waar de dochterverenootschap is

Overigens dient opgemerkt te worden dat uit de letterlijke bewoording van art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 niet kan worden opgemaakt dat verrekenprijverschillen en de onzakelijke lening buiten het bereik van de bepaling vallen (zie par. 3.4.3). Tevens wordt in de wettekst niet expliciet benoemd dat de bepaling enkel ziet op ‘mismatches’ als gevolg van een hybride karakter van een instrument. In art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 wordt namelijk alleen een relatie gelegd met aftrekbaarheid van de grondslag van een naar de winst geheven belasting. Volgens De Smit<sup>155</sup> blijft met het expliciet uitsluiten van verrekenprijverschillen en de onzakelijke lening in de parlementaire behandeling, maar niet in de wet zelf, onzekerheid bestaan. Indien een dergelijke casus ooit voor de rechter komt is het volgens hem de vraag of de rechter voor de letterlijke bewoording of de uitgesproken bedoeling van de wetgever gaat. Dit vraagstuk wordt nader besproken in par. 5.2.

Ondanks de toelichting in de parlementaire behandeling op de bepaling bleef onduidelijkheid bestaan over enkele buitenlandse regimes; deze bespreek ik kort hierna.

### **Allowance for Corporate Equity**

Een kenmerk van de meeste belastingsystemen is dat de vergoeding op vreemd vermogen aftrekbaar is, terwijl de vergoeding op eigen vermogen dat niet zijn. Bij een belastingsysteem met een ‘allowance for corporate equity’ (hierna: “ACE”) wordt dit verschil in behandeling aangepakt door een gedeelte van de betaalde vergoeding op eigen vermogen aftrekbaar te stellen. Brazilië is een land dat een dergelijk systeem kent. Op vragen van de CDA-fractie of de Braziliaanse ACE onder de werking van art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 valt, heeft de Staatssecretaris bevestigend geantwoord.<sup>156</sup> De vergoeding op eigen vermogen kan in Brazilië rechtstreeks van de winst worden afgetrokken en valt daarmee onder het bereik van de bepaling. Of de aftrek in een ander land “bewust” is toegekend, is niet relevant volgens de Staatssecretaris. Wat precies met de term “bewust” wordt bedoeld, is mij niet geheel duidelijk. Naar het mij voorkomt doelt de Staatssecretaris op het feit dat de aftrek onderdeel uitmaakt van een nationaal regime waarbij doelbewust een aftrek op eigen vermogen wordt verleend in plaats van dat de aftrek volgt uit de “gebruikelijke” systematiek waarbij alleen een vergoeding op vreemd vermogen aftrekbaar is. Dit onderscheid is volgens de Staatssecretaris dus irrelevant.

Het is de vraag of deze opvatting correct is.<sup>157</sup> Zoals uit de hiervoor geciteerde passage uit de memorie van toelichting blijkt, beoogt art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 alleen van toepassing te zijn op ‘mismatches’ die het gevolg zijn van het hybride “karakter van het *instrument*”. Indien echter in Brazilië een ACE

---

gevestigd het feitelijk overeengekomen rentepercentage aftrekbaar is omdat dat land het rentepercentage wel zakelijk acht of omdat aldaar een verschillende verrekenprijbenadering geldt, dan is er ook sprake van dubbele non-belasting. Zoals aangegeven vallen ‘mismatches’ als gevolg van verrekenprijverschillen immers niet onder het bereik van art. 13, lid 17 Wet VPB 1969.

<sup>155</sup> De Smit, R.C., ‘Implementatie Moeder-dochterrichtlijn: Wordt de onzakelijke lening populair?’, *Taxlive.nl*, 27 oktober 2015.

<sup>156</sup> *Kamerstukken II* 2015-2016, 34 306, nr. 6, p. 4.

<sup>157</sup> Zie ook het commentaar van de Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2015/54.7, p. 181.



wordt toegekend, kwalificeert Brazilië, net zoals Nederland, de geldverstrekking als eigen vermogen. Dit betekent dat dus geen sprake is van een betaling uit hoofde van een geldverstrekking die door twee landen verschillend wordt gekwalificeerd, maar van een reguliere betaling op aandelenkapitaal (eigen vermogen). Het feit dat de fiscale behandeling van deze betaling in Brazilië anders is dan in Nederland, maakt dat niet het instrument, maar de *betaling* een hybride karakter heeft. Bovendien is het hybride karakter van de betaling niet het gevolg van een *kwalificatie*verschil, maar van een *behandelings*verschil van de betaling. Nederland en Brazilië kwalificeren de betaling allebei gelijk (vergoeding op eigen vermogen), maar in Brazilië is een dergelijke betaling nou eenmaal (gedeeltelijk) aftrekbaar en in Nederland niet. Gelet op de uitspraken van de Staatssecretaris in de parlementaire geschiedenis zou de Braziliaanse ACE mijns inziens dan ook niet onder de bepaling moeten vallen. Hierbij dient opgemerkt te worden dat dit standpunt is gebaseerd op de bedoeling van de wetgever zoals deze volgt uit de parlementaire behandeling van art. 13, lid 17 Wet VPB 1969. Zoals hierboven al is aangegeven, kan dit standpunt niet uit de letterlijke bewoording van de bepaling worden opgemaakt.

### **Notionele interestaftrek**

In tegenstelling tot de ACE is een notionele interestaftrek een aftrekpost op het eigen vermogen die niet afhankelijk is van de daadwerkelijke uitkering van het dividend. Een land dat een dergelijk systeem hanteert is België. Uit de parlementaire behandeling blijkt dat dit regime niet onder de bepaling van lid 17 valt omdat geen rechtstreeks verband bestaat tussen de notionele interestaftrek en de vergoeding of betaling.<sup>158</sup> Sahin<sup>159</sup> merkt op dat dit in overeenstemming is met de zienswijze van de OESO in BEPS Actie 2, waar van belang is dat een aftrek in het bronland wordt veroorzaakt door de betaling. Notionele bedragen zijn daarbij niet relevant.

### **3.5 De antibelastingontwikkingsrichtlijn (ATAD 1 & 2)**

Op 12 juli 2016 hebben de lidstaten van de Europese Unie overeenstemming bereikt over een Europese antibelastingontwikkingsrichtlijn<sup>160</sup> (ATAD 1). In deze richtlijn is onder andere een bepaling omtrent ‘hybrid mismatches’ opgenomen die ziet op ‘mismatches’ als gevolg van hybride entiteiten en hybride financieringen. Omdat de ATAD 1 alleen van toepassing is tussen lidstaten is tijdens de Ecofin-vergadering van 25 mei 2016 aan de EC verzocht om met een voorstel te komen dat ook richting derde landen effect zou sorteren.<sup>161</sup> Over dit voorstel is ongeveer één jaar later, op 29 mei 2017, overeenstemming bereikt door aanneming van een geamendeerde richtlijn<sup>162</sup> (ATAD 2). Een belangrijk element van deze nieuwe richtlijn is dat deze niet alleen werking heeft in EU-situaties, maar ook van

---

<sup>158</sup> *Kamerstukken II* 2015-2016, 34 306, nr. 6, p. 9.

<sup>159</sup> Sahin, L.C.G., MBB 2016/2, par. 4.3.

<sup>160</sup> Council Directive (EU) 2016/1164 van 12 juli 2016, 'ATAD 1'.

<sup>161</sup> Verslag van de Raad voor Economische en Financiële Zaken van 25 mei 2016, Brussel (21 501-07, nr. 1371).

<sup>162</sup> Amending Council Directive (EU) 2016/1164 van 21 februari 2017, 'ATAD 2'.

toepassing is in relatie tot derde landen. Daarnaast is in de ATAD 2 het aantal categorieën ‘hybrid mismatches’ uitgebreid. Lidstaten zijn verplicht om de bepalingen van de ATAD 2 vóór 1 januari 2020 in hun nationale wetgeving te implementeren.<sup>163</sup> Ondanks dat Nederland dus nog even de tijd heeft, is het relevant om te onderzoeken hoe de bepalingen uit de ATAD 2 zich verhouden tot de Nederlandse hybride financieringswetgeving.

### 3.5.1 Toepassingsbereik ATAD 2

Uit punt 12 van de preambule volgt dat omwille van de proportionaliteit de ‘mismatch’-bepalingen uit de ATAD 2 alleen van toepassing zijn op gevallen waarin het risico op belastingontwijking aanzienlijk is. Hier is volgens de preambule onder andere sprake van in situaties die ontstaan tussen gelieerde entiteiten. De vraag is echter wanneer op grond van de ATAD 2 entiteiten gelieerd zijn. Voor een antwoord op deze vraag dient eerst te worden gekeken naar hetgeen hierover is opgenomen in de ATAD 1. Op grond van art. 2, lid 4 ATAD 1 is – kort gezegd - sprake van gelieerdheid indien entiteiten direct of indirect met elkaar verbonden zijn op basis van een deelname in het kapitaal, stemrecht of winst van minimaal 25%. In de ATAD 2 wordt deze definitie op sommige punten aangepast. De grens voor gelieerdheid wordt verschoven naar 50%, met uitzondering van situaties waarbij sprake is van hybride financieringen (daar blijft de grens op 25% liggen). Daarnaast worden entiteiten op grond van art. 2, lid 4, onderdeel c de ATAD 2 ook als gelieerd aangemerkt indien zij voor de financiële boekhouding<sup>164</sup> deel uitmaken van dezelfde geconsolideerde groep of indien zij invloed van betekenis op de leiding uitoefenen. In tegenstelling tot de andere criteria is deze laatste omschrijving kwalitatief van aard. Er wordt helaas geen verdere toelichting gegeven over hoe moet worden beoordeeld of een entiteit invloed van betekenis op de leiding uitoefent. Uit de letterlijke tekst van de bepaling maak ik op dat het is vereist dat invloed van betekenis op de leiding ook daadwerkelijk wordt uitgeoefend. Wat als een entiteit wel invloed van betekenis op de leiding kan uitoefenen, maar dit niet doet. Zijn de entiteiten dan niet gelieerd? Mijns inziens is dit niet duidelijk uit de tekst op te maken. Gelet op de grote impact die de ATAD 2 kan hebben en met het oog op de rechtszekerheid acht ik het wenselijk dat meer duidelijkheid over dit criterium wordt gegeven.

Daarnaast is volgens punt 12 van de preambule ook sprake van een aanzienlijk risico op belastingontwijking bij interne verhoudingen tussen hoofdhuis en vaste inrichting of tussen twee vaste inrichtingen. Tot slot zijn de ‘mismatch’-bepalingen uit de ATAD 2 ook van toepassing op niet-gelieerde

---

<sup>163</sup> Met uitzondering van art. 9A ATAD 2 dat ziet op de zogenoemde ‘reverse hybrids’. Deze bepaling dient uiterlijk 1 januari 2022 in de nationale wetgeving van de lidstaten te zijn geïmplementeerd.

<sup>164</sup> De term “financiële boekhouding” vloeit voort uit de officiële Nederlandse vertaling van de ATAD 2. De term die in de Engelstalige versie wordt gehanteerd is: “financial accounting purposes”.

entiteiten waarbij sprake is van een gestructureerde regeling. Hier is bijvoorbeeld sprake van indien een belastingplichtige een hybride financiering omleidt via een niet-gelieerde tussenpersoon.<sup>165</sup>

Met Fibbe<sup>166</sup> ben ik van mening dat het opmerkelijk is dat voor de definitie van een gelieerde onderneming wordt aangesloten bij de term “entiteit” in plaats van “belastingplichtige”. De term entiteit is een niet-gedefinieerde term en kan zowel kapitaal- als personenvennootschappen omvatten, aldus Fibbe. Volgens de redactie van Vakstudie-Nieuws<sup>167</sup> is het toepassingsbereik van de ATAD 2 niet in één oogopslag duidelijk. Zij meent dat de ATAD 2 in ieder geval dwingt tot opname van nieuwe verbondenheidscriteria in de Wet VPB 1969, naast en in aanvulling op de reeds bestaande criteria. Daarnaast pleit zij voor stroomlijning van de verbondenheidscriteria na implementatie van de ATAD 2. Ik kan mij in dit standpunt vinden. Momenteel kent de Nederlandse fiscale wetgeving het verbondenheids criterium van art. 10a, lid 4 Wet VPB 1969 op grond waarvan lichamen – kort gezegd – verbonden zijn indien zij voor ten minste 1/3 gedeelte belang in het andere lichaam hebben. Daarnaast geldt voor de Nederlandse anti-mismatchbepaling op het gebied van hybride financieringen (art. 13, lid 17 Wet VPB 1969) dat deze van toepassing is in deelnemingsituaties (5% belang). Deze criteria komen niet overeen met de hierboven besproken verbondenheidscriteria van de ATAD 2. Kijkende naar het procentuele belang dan valt op dat Nederland voor de anti-mismatchbepaling een 5%-belang hanteert, terwijl de bepalingen van de ATAD 2 pas bij een belang van 25% behoeven te worden toegepast. Daar staat tegenover dat de bepalingen uit de ATAD 2 moeten worden toegepast indien een lichaam invloed van betekenis op de leiding uitoefent. Een dergelijk criterium komt in de huidige antimisbruikbepalingen van de Nederlandse fiscale wetgeving nog niet voor. Ook het criterium van de geconsolideerde groep en de gestructureerde regeling ontbreekt. Kortom, Nederland lijkt op dit vlak nog een hoop werk te moeten verzetten.

### 3.5.2 ‘Hybrid mismatch’ onder ATAD 2

Op grond van art. 2, lid 9 ATAD 2 wordt onder een ‘hybrid mismatch’ onder andere verstaan:

*“een situatie waarbij een belastingplichtige (...) betrokken is en waarin:  
a) een betaling uit hoofde van een financieel instrument aanleiding geeft tot een resultaat van aftrek zonder betrekking in de heffing, en: (...)*

*(ii) de mismatch is terug te voeren op verschillen in de kwalificatie van het instrument of de betaling uit hoofde ervan”*

Uit deze omschrijving blijkt dat een ‘hybrid mismatch’ met betrekking tot een hybride financiering aan twee vereisten moet voldoen, te weten: (i) de betaling geeft aanleiding tot een D/NI-uitkomst en (ii) de

---

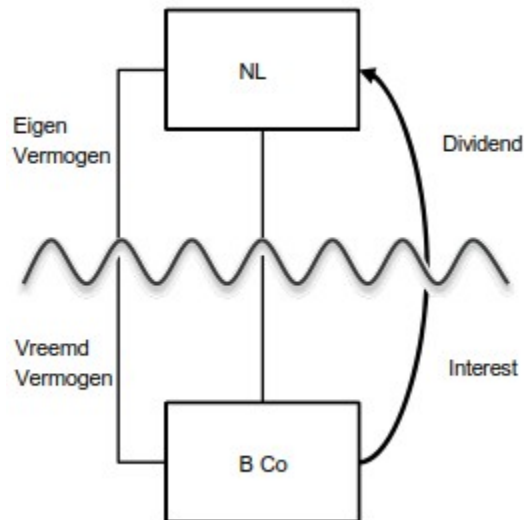
<sup>165</sup> Zie voorbeeld 10.2 uit OESO, ‘BEPS Action 2: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements’ Final report 2015, Parijs: OESO, p. 435.

<sup>166</sup> Fibbe, G.K., WFR 2016/186.

<sup>167</sup> Redactie Vakstudie-Nieuws, V-N 2017/36.3.

‘mismatch’ is het gevolg van een verschil in kwalificatie van het instrument óf de betaling uit hoofde ervan. Een voorbeeld van een dergelijke situatie is de in par. 2.4 besproken situatie waarbij een Nederlandse moederverenootschap een deelnemerschapslening verstrekt aan een buitenlandse dochterverenootschap.

Figuur 1<sup>168</sup>



Indien het bovenstaande criterium naast dat van art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 wordt gelegd dan valt op dat er een klein verschil tussen beide is. In het criterium onder de ATAD 2 wordt namelijk expliciet benoemd dat een ‘mismatch’ ook het gevolg mag zijn van een kwalificatieverschil van de *betaling*, terwijl art. 13, lid 17 Wet VPB 1969, op grond van de parlementaire geschiedenis, alleen van toepassing is op een ‘mismatch’ die het gevolg is van een verschil in kwalificatie van het *instrument*:

*“Het voorgestelde artikel ziet op mismatches die het gevolg zijn van het [hybride: PV] karakter van het instrument. Hierdoor beoordeelt de ene staat de ter zake van de op de hybride verstrekking betrekking hebbende vergoeding of betaling naar hun aard anders dan de andere staat.”*<sup>169</sup>

Ondanks dat in de bovenstaande passage expliciet wordt verwezen naar het karakter van het instrument en niet de betaling, acht ik het toepassingsbereik niet heel verschillend. Indien een vermogensverstrekking immers fiscaal verschillend wordt gekwalificeerd, dan zal de betaling uit hoofde daarvan vaak ook anders worden gekwalificeerd. Voor zover bij mij bekend zijn geen voorbeelden te bedenken waarbij een bepaalde vermogensverstrekking door twee landen gelijk wordt gekwalificeerd, maar de vergoeding uit hoofde daarvan niet. Desondanks acht ik het gelet op de implementatie van de

<sup>168</sup> Het voorbeeld is ontleend aan OESO, ‘BEPS Action 2: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements’ Final report 2015, Parijs: OESO, p. 175.

<sup>169</sup> *Kamerstukken II* 2015-2016, 34 306, nr. 6, p. 3.

ATAD 2 wenselijk als de Staatssecretaris bevestigt dat art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 ziet op situaties waarbij een ‘mismatch’ het gevolg is van een kwalificatieverschil van het instrument óf de betaling.

Op basis van het bovenstaande citaat heb ik in par. 3.4.4 ook geconcludeerd dat ik meen dat de Braziliaanse ACE niet onder art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 zou moeten vallen omdat in een dergelijke situatie geen sprake is van een kwalificatieverschil van een financieel instrument. Rekening houdende met het criterium van de ATAD 2 ben ik van mening dat de Braziliaanse ACE nog steeds niet onder de reikwijdte zou moeten vallen. De D/NI-uitkomst is namelijk niet het gevolg van een kwalificatieverschil van de betaling, maar van een *behandelings*verschil van de betaling. Nederland en Brazilië kwalificeren de betaling allebei gelijk (vergoeding op eigen vermogen), maar in Brazilië is een dergelijke betaling nou eenmaal aftrekbaar en in Nederland niet. Met andere woorden, de betaling geeft wel aanleiding voor een D/NI-uitkomst (criterium i), maar dit is niet het gevolg van een kwalificatieverschil van het instrument of de betaling (criterium ii). In mijn optiek is er daarom, ook na implementatie van de ATAD 2, geen aanleiding om de Braziliaanse ACE onder art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 te laten vallen. Dit zou echter betekenen dat ook na de implementatie van de ATAD 2 nog steeds D/NI-uitkomsten mogelijk zijn. Mijns inziens is de bovenstaande D/NI-uitkomst echter niet bezwaarlijk omdat het niet wordt veroorzaakt door een kwalificatiemismatch als gevolg van het hybride karakter van een vermogensverstrekking. Met andere woorden, het uiteindelijke belastingvoordeel komt niet tot stand door het verstrekken van een hybride financiering, maar is het gevolg van een specifiek daarvoor bestemd nationaal regime. Het belastingvoordeel moet in mijn optiek meer worden gezien als een soort tariefverschil of een investeringsfaciliteit.

Tot slot is door Stevens en Fibbe<sup>170</sup> de vraag gesteld of een ‘mismatch’ als gevolg van een onzakelijke lening ook onder het bereik van de ATAD 2 valt. Hiervoor dient beoordeeld te worden of de ‘mismatch’ als gevolg van de onzakelijke lening is terug te voeren op een kwalificatieverschil van het instrument of de betaling (wel ATAD 2) of dat de ‘mismatch’ het gevolg is van een verrekenprijverschil (geen ATAD 2). De auteurs concluderen dat hier niet met zekerheid een antwoord op kan worden gegeven. Het is namelijk onduidelijk hoe het bronland de ‘mismatch’ zal aanmerken. Gelet op de uitspraken in de parlementaire geschiedenis zal Nederland de ‘mismatch’ waarschijnlijk niet onder de ATAD 2 scharen. Omwille van rechtszekerheid meen ik dat de wetgever hierover bij de implementatie van de ATAD 2 duidelijkheid moet geven.

### 3.5.3 Voorkomingsmethodiek

Indien is geconstateerd dat sprake is van een ‘hybrid mismatch’ die onder de reikwijdte van de ATAD 2 valt, moet in art. 9 ATAD 2 worden gekeken naar de voorkomingsmethodiek. Hierbij ziet het eerste lid op situaties voor zover een ‘hybrid mismatch’ leidt tot dubbele aftrek (D/D) en het tweede lid op

---

<sup>170</sup> Stevens, A.J.A. en Fibbe, G.K., NTFR 2017/40, par. 4.

situaties voor zover een ‘hybrid mismatch’ leidt tot een aftrek zonder betrekking in de heffing (D/NI). Omdat bij hybride financieringen veelal sprake zal zijn van een D/NI-uitkomst en art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 ook dit effect bestrijdt, wordt vooral gekeken naar de verhouding met het tweede lid van art. 9 ATAD 2. Op grond van deze bepaling wordt primair voorgeschreven dat de lidstaat van de betaler (in het bovenstaande voorbeeld het land van B Co) de aftrek weigert (hierna: “primary rule”). Indien de aftrek niet wordt geweigerd in het rechtsgebied van de betaler (omdat dit bijvoorbeeld een non-EU land is), wordt voorgeschreven om de betaling in de lidstaat van de ontvanger (in het bovenstaande voorbeeld NL) te belasten (hierna: “defensive rule”). Fibbe<sup>171</sup> merkt op dat deze maatregel mechanisch van aard is in de zin dat intentie of motief geen vereiste is voor toepassing van de maatregel. Daarnaast stellen Lohuis en Reijnen<sup>172</sup> dat de voorkomingsmethodiek van de ATAD 2 slechts bij een daadwerkelijke D/D- of D/NI-uitkomst in werking hoeft te treden. Dit leiden zij onder meer af uit de woorden ‘voor zover’ in art. 9, lid 2 ATAD 2. Tot slot valt op dat de nadruk voor de neutralisering van de ‘hybrid mismatch’ onder de ATAD 2 voornamelijk bij de bronstaat wordt gelegd.

Kijkende naar de voorkomingsmethodiek van art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 valt op dat deze aansluit bij de ‘defensive rule’ in plaats van de ‘primary rule’. De reden hiervoor is dat de anti-mismatchbepaling van Nederland voortkomt uit de gewijzigde MDR en deze richtlijn qua voorkomingsmethodiek alleen kan aansluiten bij heffing in de lidstaat van de ontvanger. Dit kan echter tot onwenselijke situaties leiden indien het ene land de ‘primary rule’ toepast en de aftrek van de betaling weigert, terwijl Nederland de ‘defensive rule’ volgt en de betaling in de heffing betreft. Alhoewel in de ATAD 1 nog niet aan dergelijke samenloop was gedacht, is hier in de ATAD 2 wel een oplossing voor gekomen. Uit punt 30 van de preambule volgt namelijk dat de voorkomingsregels van de ATAD 2 niet van toepassing zijn indien een ‘hybrid mismatch’ op grond van de MDR (of een andere richtlijn) al wordt geneutraliseerd. Omdat alle lidstaten - naar verwachting - de anti-mismatchbepaling van de MDR in de nationale wetgeving hebben geïmplementeerd, zal de ‘defensive rule’ in de praktijk de voornaamste voorkomingsregel worden. De ‘primary rule’ zal vrijwel alleen aan de orde komen bij een betaling vanuit een lidstaat aan een non-EU land.<sup>173</sup> Volgens Snel<sup>174</sup> zou het gelet op het OESO-streven om ‘winsten te belasten in het land waar de economische activiteit plaatsvindt’, beter zijn geweest om aansluiting te zoeken bij de ‘primary rule’ van de richtlijn. Hierdoor wordt ook voorkomen dat belastingheffing in de lidstaat van de ontvanger afhankelijk is van de fiscale kwalificatie in een ander land.

---

<sup>171</sup> Fibbe, G.K., WFR 2016/186, par. 4.

<sup>172</sup> Lohuis, H. en Reijnen, J.J.H., FED 2016/112, par. 3.

<sup>173</sup> Redactie Vakstudie-Nieuws, V-N 2017/36.3.

<sup>174</sup> Snel, F.P.J., NTFR 2016/1895.

Aangezien Nederland bij de implementatie van de gewijzigde MDR heeft gekozen voor een mondiale reikwijdte is volgens de redactie van Vakstudie-Nieuws<sup>175</sup> de voorkomingsmethodiek van art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 in lijn met de ATAD 2. Wat betreft uitgaande betalingen dient er nog een codificatie van de ‘primary rule’ te komen. Dit zal, zoals aangegeven, vooral spelen in situaties waar vanuit Nederland een betaling aan een niet-EU land wordt gedaan en deze betaling daar als gevolg van een ‘hybrid mismatch’ niet (tijdig) wordt belast. Momenteel voorziet de Nederlandse fiscale wetgeving in een aftrekbeperking op grond van art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969 voor situaties waar een lening feitelijk functioneert als eigen vermogen. Dit artikel zal aangepast of uitgebreid moeten worden om aan te sluiten bij de ‘primary rule’ van de ATAD 2.

### 3.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht welke maatregelen Nederland in de Wet op de Vennootschapsbelasting heeft getroffen om hybride financieringen te bestrijden. Hierbij is ingegaan op de systematiek van de verschillende bepalingen en zijn op sommige punten kritische kanttekeningen geschetst. Daarnaast is de ATAD aan bod gekomen en is besproken hoe de bepalingen uit de ATAD die zien op hybride financieringen zich verhouden tot de Nederlandse maatregelen op dit gebied.

Ten eerste is gekeken naar de aftrekbeperking van art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969. Op grond van deze bepaling zijn vergoedingen op leningen die feitelijk functioneren als eigen vermogen niet aftrekbaar. Deze bepaling is ingevoerd omdat werd gevreesd voor grondslaguitholling als gevolg van leningen die vanwege hun lange looptijd sterk het karakter van eigen vermogen hadden, maar waarvan renteaftrek op grond van de jurisprudentie (inzake de deelnemerschapslening) behouden bleef. Tot 2007 was in deze bepaling wettelijk gedefinieerd wanneer een lening feitelijk functioneerde als eigen vermogen. Omdat deze vereisten sterk leken op de in de jurisprudentie ontwikkelde criteria inzake de deelnemerschapslening, heerste in de praktijk veel onduidelijkheid over de verhouding tussen een deelnemerschapslening enerzijds en een 10-1-d-lening anderzijds. Door de afschaffing van deze vereisten is voor de beoordeling van een 10-1-d-lening teruggevallen op de door de Hoge Raad ontwikkelde criteria. Hierdoor is het huidige art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969 in feite een codificatie van deze jurisprudentie. Desondanks is in de literatuur betoogd dat de bepaling daarmee nog niet overbodig is geworden. Met het oog op rechtszekerheid en als taalkundig hulpmiddel voor andere bepalingen in de Wet op de Vennootschapsbelasting zien verschillende auteurs nog het nut van deze bepaling.

Daarnaast is gekeken naar art. 13, lid 3 Wet VPB 1969<sup>176</sup> (oud) dat ziet op de doorwerking van bovenstaande 10-1-d-leningen (sinds 2007 dus synoniem voor een deelnemerschapsleningen) in het

---

<sup>175</sup> Redactie Vakstudie-Nieuws, V-N 2017/36.3.

<sup>176</sup> Het huidige art. 13, lid 4 Wet VPB 1969.

regime van de deelnemingsvrijstelling. Op grond van deze bepaling is de deelnemingsvrijstelling van toepassing op de voordelen uit een 10-1-d-lening indien de verstrekker een deelneming in de ontvanger heeft. Dit leidt tot een evenwichtige heffing omdat tegenover de niet-afrekbaarheid van de vergoeding bij de ontvanger een vrijgestelde opbrengst bij de verstrekker staat. Heeft de belastingplichtige echter geen deelneming in de ontvanger, dan leidt het enkel hebben van een 10-1-d-lening niet tot toepassing van de deelnemingsvrijstelling bij de verstrekker. Hierdoor ontstaat economisch dubbele belasting. De Staatssecretaris acht deze dubbele heffing geoorloofd, maar verschillende auteurs denken daar anders over. Mijns inziens is het standpunt van de Staatssecretaris aanvaardbaar. Economisch dubbele belasting treedt namelijk ook op in situaties zonder een 10-1-d-lening waar geen sprake is van een aandelenbelang van ten minste 5%.

Naast het bovengenoemde vereiste van het hebben van een deelneming gold tot 2007 in grensoverschrijdende situaties een extra vereiste. Om in dergelijke situaties aanspraak te kunnen maken op de deelnemingsvrijstelling moesten belastingplichtigen – kort gezegd - aannemelijk maken dat de vergoeding in het buitenland niet aftrekbaar was omdat de 10-1-d-lening in het buitenland ook als eigen vermogen werd ge(her)kwalificeerd. Dit kon volgens de Staatssecretaris worden aangetoond door middel van de administratie en de belastingaangiften van de buitenlandse schuldenaar. Tevens merkte hij op dat dit vanwege de gelieerde verhoudingen “*geen probleem behoefde te zijn*”.<sup>177</sup> Omdat deze bepaling in situaties waarbij slechts een gedeelte van de rente aftrekbaar was onevenwichtig uitwerkte, werd vanaf 2003 een ‘voor zover’-benadering ingevoerd. Indien en voor zover de rente in het buitenland aftrekbaar was, werd toepassing van de deelnemingsvrijstelling geweigerd. Dit acht ik een belangrijke tegemoetkoming van de wetgever.

Zoals aangegeven, is het extra vereiste voor grensoverschrijdende situaties vanaf 2007 vervallen. De Staatssecretaris motiveerde het schrappen van deze eis met de opmerking dat de grondslaguitholling niet in Nederland optreedt en dat Nederland tot een consistente fiscale behandeling van dergelijke vergoedingen wil komen door de kwalificatie volgens Nederlandse normen als uitgangspunt te nemen. Met andere woorden, de Staatssecretaris wil voor de fiscale behandeling van de vergoeding op een 10-1-d-lening in grensoverschrijdende situaties niet (langer) afhankelijk zijn van de buitenlandse kwalificatie/behandeling. In de literatuur wordt verschillend gereageerd op het afschaffen van deze maatregel. De verschillende standpunten zullen in het volgende hoofdstuk nader worden besproken.

Voorts is in dit hoofdstuk het per 1 januari 2016 ingevoerde art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 besproken: de meest recente maatregel op het gebied van hybride financieringen. Deze bepaling vloeit voort uit Europese afspraken over een wijziging van de MDR die tot doel heeft om situaties van dubbele niet-heffing als gevolg van kwalificatieverschillen tussen lidstaten te bestrijden. Ondanks dat Nederland

---

<sup>177</sup> *Kamerstukken II 2001-2002, 28 034, nr. 5, p. 27.*



enkel verplicht was om de gewijzigde bepaling uit de MDR te implementeren voor EU-situaties, heeft de wetgever - net als de meeste andere Europese landen - voor een mondiale reikwijdte gekozen. Op grond van art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 wordt de deelnemingsvrijstelling buiten toepassing gelaten op betalingen of vergoedingen uit hoofde van een deelneming die door de deelneming in aftrek kunnen worden gebracht. Volgens de Staatssecretaris kan een vergoeding in aftrek worden gebracht indien deze “naar haar aard” aftrekbaar is. Hier doet de werking van een algemene of specifieke renteaftrekbeperking in het land van de deelneming niet aan af. Mijns inziens is deze benadering niet juist. In situaties waarbij een vergoeding feitelijk niet aftrekbaar is, ontstaat immers geen dubbele niet-heffing indien Nederland de deelnemingsvrijstelling zou toestaan. Sterker nog, door het weigeren van de deelnemingsvrijstelling op vergoedingen die niet aftrekbaar zijn bij de deelneming ontstaat economisch dubbele belasting. Ondanks de felle kritiek van verschillende fracties uit de Tweede Kamer heeft de Staatssecretaris aangegeven niet aan te willen sluiten bij de daadwerkelijke aftrek omdat dit “te ingewikkeld” zou zijn.<sup>178</sup> Dit acht ik niet overtuigend omdat een dergelijke systematiek tussen 2002-2007 ook gold voor belastingplichtigen met een grensoverschrijdende 10-1-d-lening (zie art. 13, lid 3, onderdeel b Wet VPB 1969 oud). Bovendien werd destijds opgemerkt dat dit “geen probleem behoefde te zijn” vanwege de gelieerde verhoudingen. Gelet op de technologische ontwikkelingen de afgelopen vijftien jaar en de verbeterde informatie-uitwisseling tussen landen vraag ik mij af waarom dit uitgangspunt nu niet meer zou gelden.

Een ander aspect van art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 dat in dit hoofdstuk aan bod is gekomen, is het toepassingsbereik. Volgens de Staatssecretaris ziet de maatregel alleen op situaties waarbij de ‘mismatch’ het gevolg is van een kwalificatieverschil van het (financieel) instrument. Tevens is opgemerkt dat de bepaling niet ziet op ‘mismatches’ als gevolg van de onzakelijke lening of een verschil in verrekenprijsbenadering. Op vragen van de CDA-fractie uit de Tweede Kamer of het Braziliaanse ACE-regime ook kwalificeerde, heeft de Staatssecretaris bevestigend geantwoord.<sup>179</sup> Ik betwijfel of dit standpunt juist is omdat de toepassing van een ACE-regime in mijn optiek niet leidt tot een kwalificatieverschil van het financieel instrument, maar tot een fiscaal behandelingsverschil van de betaling.

Tot slot is in dit hoofdstuk gekeken naar wat de gevolgen van de ATAD 1 & 2 zijn voor de Nederlandse maatregelen tegen hybride financieringen. Geconcludeerd kan worden dat er nog enkele onduidelijkheden zijn voor wat betreft het toepassingsbereik van de ATAD 2. Desalniettemin is wel duidelijk dat Nederland de reikwijdte van art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 flink zal moeten aanpassen. Momenteel is deze namelijk alleen van toepassing in deelnemingssituaties, terwijl de bepalingen van de ATAD 2 van toepassing moeten zijn op alle situaties waarbij een aanzienlijk risico op

---

<sup>178</sup> Kamerstukken II 2015-2016, 34 306, nr. 6, p. 4.

<sup>179</sup> Kamerstukken II 2015-2016, 34 306, nr. 6, p. 4.

belastingontwijking bestaat. Daarnaast is gekeken naar de definitie van een ‘hybrid mismatch’ (inzake hybride financieringen) onder de ATAD 2. Op dit punt lijkt art. 13, lid 17 Wet VPB 1969, los van een klein tekstueel verschil, al op één lijn te liggen met de ATAD 2. Tot slot is de voorkomingsmethodiek van beide bepalingen vergeleken. De ATAD 2 sluit voor de voorkoming van dubbele niet-heffing primair aan bij de betaalstaat, terwijl art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 juist bij de ontvangstaat aansluit. Desondanks hoeft art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 op dit punt niet te worden gewijzigd omdat in de preambule van de ATAD 2 is opgenomen dat indien een ‘mismatch’ wordt geneutraliseerd op grond van bepalingen uit de MDR (of een andere richtlijn), de bepalingen van de ATAD 2 niet meer van toepassing zijn. Enkel voor situaties waar vanuit Nederland een betaling aan een niet-EU land wordt gedaan en deze betaling daar als gevolg van een ‘mismatch’ niet (tijdig) wordt belast, dient Nederland een aanpassing in de wet te maken. Hiervoor is het huidige art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969 niet toereikend omdat deze alleen voorziet in een aftrekbepanking voor leningen die feitelijk functioneren als eigen vermogen.

## 4. Beoordeling van de Nederlandse hybride financieringswetgeving

### 4.1 Inleiding

Ter beantwoording van het eerste gedeelte van de hoofdvraag wordt in dit hoofdstuk onderzocht of de Nederlandse maatregelen ter bestrijding van hybride financieringen adequaat zijn. Om dit te beoordelen worden de wettelijke bepalingen die in het vorige hoofdstuk aan bod zijn gekomen afzonderlijk getoetst aan de hand van de criteria opgenomen in het toetsingskader. Voor deze toetsing wordt enkel gekeken naar de effecten van de wettelijke bepalingen zelf en niet naar de effecten van eventuele verwijzingen naar de jurisprudentie. Beoordeeld wordt in welke mate de verschillende bepalingen doeltreffend, doelmatig en uitvoerbaar zijn. Tevens wordt besproken welke invloed de bepalingen hebben op het vestigingsklimaat en de publieke opinie. De uitkomst van deze beoordelingen zal in de conclusie worden samengevat in één overzichtstabel.

### 4.2 Art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969

#### **Doeltreffendheid**

Art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969 is ingevoerd omdat naar aanleiding van de jurisprudentie omtrent de deelnemerschapslening werd gevreesd voor de ontwikkeling van fiscaal geïndiceerde financieringsinstrumenten die sterk het karakter van eigen vermogen zouden hebben, maar waarvan renteaftrek op grond van de jurisprudentie behouden zou blijven.<sup>180</sup> Als gevolg hiervan werd verwacht dat grondslaguitholling zou plaatsvinden. Daarnaast beoogde art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969 internationale structuren te bestrijden waarin wordt ingespeeld op kwalificatieverschillen van een vermogensverstrekking.<sup>181</sup> Omdat de uiteindelijke versie van de wettelijke bepaling materieel niets anders is dan een codificatie van de jurisprudentie inzake de deelnemerschapslening<sup>182</sup>, ben ik van mening dat de maatregel weinig doeltreffend is. Belastingplichtigen die renteaftrek willen behouden, kunnen op grond van de criteria uit de jurisprudentie hun leningsvoorwaarden op een dusdanige manier inrichten dat renteaftrek mogelijk blijft. Op grond van deze jurisprudentie wordt een lening namelijk wel of niet geherkwalificeerd tot eigen vermogen, waardoor de vergoeding op grond van de reguliere wetssystematiek wel of niet aftrekbaar is. Een wettelijke aftrekbepaling die stelt dat de vergoeding op een geherkwalificeerde vermogensverstrekking niet kan worden afgetrokken, voegt daar in feite dus niets aan toe. Hierdoor acht ik de maatregel niet doeltreffend in het voorkomen van het gebruik van dergelijke financieringsvormen (in internationale structuren).

---

<sup>180</sup> *Kamerstukken I 2001-2002*, 28 034, nr. 123b, p. 6.

<sup>181</sup> *Kamerstukken I 2001-2002*, 28 034, nr. 123b, p. 6.

<sup>182</sup> HR 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208 en HR 25 november 2005, nr. 40 989, BNB 2006/82.

## **Uitvoerbaarheid**

Tussen 2002 en 2007 kende de maatregel een zelfstandige definitie om te beoordelen of een lening “feitelijk functioneert als eigen vermogen”. Omdat deze vereisten sterk leken op die van een deelnemerschapslening, ontstond (in de literatuur) veel discussie over de verhouding tussen een 10-1-d-lening (op basis van de wettelijke definitie) en een deelnemerschapslening (op basis van de jurisprudentie). Daarnaast werd de bepaling ook als complex ervaren.<sup>183</sup> Dit alles zorgt voor rechtsonzekerheid en (administratieve) lasten voor bedrijven en de overheid. Hierdoor ben ik van mening dat de maatregel destijds slecht uitvoerbaar was. Voor wetten die beogen om gedragsveranderingen bij burgers, bedrijven en instellingen te bewerkstelligen is een goede uitvoerbaarheid juist essentieel.<sup>184</sup> Na de vereenvoudiging van de maatregel in 2007 is de rechtsonzekerheid weggenomen en is de maatregel minder complex geworden. De wetgever heeft destijds ook bevestigd dat zou worden aangesloten bij de criteria uit de jurisprudentie. Sindsdien acht ik de regeling goed uitvoerbaar, zij het dat de maatregel ten opzichte van de jurisprudentie ook weinig tot niets toevoegt.

## **Doelmatigheid**

Bij dit toetsingscriterium wordt onderzocht of, gegeven de doelstellingen, de kosten van de bepaling in verhouding staan tot de opbrengsten daarvan. Deze toetsing vindt op kwalitatieve wijze plaats omdat de opbrengsten en kosten van de maatregel (voor mij) lastig te kwantificeren zijn. Gelet op het feit dat ik tot de conclusie ben gekomen dat de maatregel niet doeltreffend is in het bereiken van de doelstellingen, ben ik van mening dat de maatregel ook weinig opbrengt. Daarnaast ben ik tot de conclusie gekomen dat de maatregel niet altijd goed uitvoerbaar is geweest, waardoor de kosten voor de maatschappij hoger zijn geweest dan noodzakelijk. Omdat de maatregel in mijn optiek weinig opbrengt, en de kosten van de maatregel hoger zijn dan noodzakelijk, acht ik de maatregel ondoelmatig.

## **Vestigingsklimaat**

De bepaling heeft in mijn optiek weinig tot geen invloed op het vestigingsklimaat van Nederland. Op grond van de jurisprudentie worden deelnemerschapsleningen namelijk al geherkwalificeerd tot eigen vermogen waardoor een betaling op een dergelijke vermogensverstrekking niet aftrekbaar is. Het enige mogelijke effect dat ik kan voorzien is dat door de codificatie van de jurisprudentie meer rechtszekerheid voor belastingplichtigen ontstaat. Alhoewel de jurisprudentie een opzichzelfstaande rechtsbron is, kan dit wellicht toch een positief effect hebben.

---

<sup>183</sup> Zie voor een overzicht van de discussie in de literatuur: Brandsma, R.P.C.W.M., in: *Hybride leningen (FM 106)*, p. 94.

<sup>184</sup> *Kamerstukken II 1990-1991*, 22 008, nr. 1-2, p. 27.

## **Publieke opinie**

De bepaling van art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969 heeft in de aanloopfase op veel maatschappelijke kritiek gestuit. Vooral vanuit de bancaire sector was er bezwaar tegen de voorgestelde maatregel omdat deze onbedoeld een aanzienlijk aantal niet fiscaal gedreven bancaire producten en transacties zou raken. Onder druk van deze sector heeft de Staatssecretaris daarom het oorspronkelijke wetsvoorstel ingetrokken. Met behulp van de Studiegroep vennootschapsbelasting in internationaal perspectief<sup>185</sup> is de bepaling anders vormgegeven en is deze gewijzigde bepaling per 1 januari 2002 ingevoerd. De bepaling heeft daarna - voor zover mij bekend - geen maatschappelijke aandacht meer gekregen.

### **4.3 Art. 13, lid 3, onderdeel b Wet VPB 1969 (2002-2007)**

#### **Doeltreffendheid**

De doelstelling van de wetgever in de strijd tegen ‘hybrid mismatches’ is dat een maatregel het gevolg van een ‘hybrid mismatch’ moet neutraliseren.<sup>186</sup> Dit uitgangspunt is bij de invoering van art. 13, lid 3, onderdeel b Wet VPB 1969 (oud) ook duidelijk naar voren gekomen: “*de maatregel voorkomt dat een ‘double dip’ kan ontstaan*”.<sup>187</sup> Door de deelnemingsvrijstelling niet toe te passen op vergoedingen op een 10-1-d-lening die bij een buitenlandse deelneming in aftrek konden worden gebracht, pakte de wetgever in mijn optiek het gevolg van de ‘mismatch’ doeltreffend aan. Bovendien ontstaat een evenwichtige heffing die strookt met doel en strekking van de deelnemingsvrijstelling. Hierbij dient echter opgemerkt te worden dat de bepaling alleen van toepassing was op 10-1-d-leningen. Indien een ander soort hybride financiering werd verstrekt die tot dubbele non-belasting leidde, dan werd een dergelijke ‘mismatch’ niet bestreden.<sup>188</sup>

#### **Uitvoerbaarheid**

Ik ben van mening dat de bepaling van art. 13, lid 3, onderdeel b Wet VPB 1969 (oud) over het algemeen goed uitvoerbaar is. Ondanks dat voor belastingplichtigen in grensoverschrijdende situaties een additionele eis gold, acht ik die gerechtvaardigd in het kader van het voorkomen van dubbele non-belasting. Daarnaast vind ik ook dat de bewijslastverdeling van de eis correct was. Het is immers de belastingplichtige die het voordeel van de deelnemingsvrijstelling wil. Bovendien is het voor hem als aandeelhouder en verstrekker van de 10-1-d-lening ook eenvoudiger dan voor de belastinginspecteur

---

<sup>185</sup> *Kamerstukken II* 2000-2001, 27 466, nr. 4.

<sup>186</sup> Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 5 oktober 2015, Appreciatie uitkomst BEPS-project en vooruitblik Nederlands fiscaal vestigingsklimaat, nr. IZV/2015/657M.

<sup>187</sup> *Kamerstukken I* 2001-2002, 28 034, nr. 123b, p. 9.

<sup>188</sup> Zie onder andere de ‘redeemable preference shares’ die in par. 5.3 worden besproken bij de behandeling van het arrest HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, BNB 2014/79 (‘RPS-arrest’).

om het tegendeel te bewijzen. Alhoewel het in minderheidsbelangen misschien lastiger is, vind ik dat niet zwaar genoeg wegen om de bewijspositie om te draaien.

Een minpunt qua uitvoerbaarheid acht ik de onzekerheid over de toepassing van de deelnemingsvrijstelling indien vanwege een discussie met de buitenlandse fiscus niet aannemelijk gemaakt *kon* worden of de vergoeding wel of niet aftrekbaar was. Het was misschien beter geweest als de Staatssecretaris door middel van een beleidsbesluit zijn visie hierop bekend had gemaakt.

### **Doelmatigheid**

Zoals hierboven aangegeven ben ik van mening dat de antimisbruikbepaling doeltreffend was. In sommige situaties ging de maatregel echter verder dan noodzakelijk. Deze ‘overkill’ ontstond door de zinsnede “*omdat aldaar de schuld bij de schuldenaar wordt behandeld als eigen vermogen*”. Door deze formulering was de deelnemingsvrijstelling alleen van toepassing indien de vergoeding niet aftrekbaar was omdat de 10-1-d-lening in het buitenland als eigen vermogen werd behandeld. Met andere woorden, alleen als het andere land een vergelijkbare herkwalificatie als Nederland toepaste kon aanspraak worden gemaakt op de deelnemingsvrijstelling. Indien de vergoeding echter op grond van een andere reden (bijv. een renteaftrekbeperking) niet aftrekbaar was, werd de deelnemingsvrijstelling toch uitgesloten. Met Brandsma<sup>189</sup> ben ik van mening dat dit niet strookt met de doelstelling van de maatregel. Aangezien de vergoeding in het buitenland niet aftrekbaar is, treedt geen ‘double dip’ op en zou de deelnemingsvrijstelling gewoon van toepassing moeten zijn.

Daarnaast heeft Van Eijdsden<sup>190</sup> terecht opgemerkt dat de hierboven besproken bewijspositie van de belastingplichtige ook in zijn voordeel kan uitwerken. Als een belastingplichtige niet wil dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, omdat de belastingplichtige bijvoorbeeld de hybride financiering wil afwaarderen, dan hoeft hij slechts het aannemelijk maken van de niet-aftrekbaarheid achterwege te laten. Het is een belastingplichtige immers niet verplicht om aannemelijk te maken dat de vergoeding niet aftrekbaar is om zodoende de deelnemingsvrijstelling toe te kunnen passen. Hierbij dient echter wel opgemerkt te worden dat een afwijkend standpunt ten aanzien van de toepassing van de deelnemingsvrijstelling bij de inspecteur vragen kan oproepen. Tevens lijkt het mij (zeer) onwaarschijnlijk dat een inspecteur, zonder nadere vragen, toestaat dat de deelnemingsvrijstelling het ene jaar wel en het andere jaar weer niet wordt toegepast. Op basis van bovenstaande argumenten ben ik van mening dat de bewijslastverdeling een negatief effect heeft op de doelmatigheid van de bepaling.

Tot slot heeft de wetgever vanaf 1 januari 2003 een belangrijke tegemoetkoming verleend voor situaties waarbij de vergoeding gedeeltelijk niet aftrekbaar is. Als gevolg van ‘thin-capitalisation’ regels kan het voorkomen dat de vergoeding voor bijvoorbeeld 25% aftrekbaar is. De wetgever stond vanaf 2003 toe

---

<sup>189</sup> Brandsma, R.P.C.W.M., in: *Hybride leningen (FM106)*, p. 152-153.

<sup>190</sup> Van Eijdsden, J.A.R., WFR 2002/1704, par. 2.

dat in dergelijke situaties de deelnemingsvrijstelling voor 25% van de vergoeding van toepassing was. Ik acht dit standpunt volkomen terecht. Zonder een dergelijke tegemoetkoming treedt immers economisch dubbele belasting op omdat de vergoeding (gedeeltelijk) niet aftrekbaar is, maar de opbrengst wel volledig wordt belast. Gelet op de doelstelling van de maatregel en de ratio van de deelnemingsvrijstelling kan dit niet worden gerechtvaardigd.

### **Vestigingsklimaat**

In tegenstelling tot de gezamenlijke implementatie van de anti-mismatchbepaling uit de wijzigingsrichtlijn (zie hierna), heeft Nederland de maatregel van art. 13, lid 3, onderdeel b Wet VPB 1969 (oud) eenzijdig ingevoerd. Gelet op het feit dat de maatregel ook doeltreffend uitwerkte in het bestrijden van de gevolgen van grensoverschrijdende 10-1-d-leningen, ben ik van mening dat de bepaling een negatief effect op het fiscale vestigingsklimaat heeft gehad. Het feit dat Nederland de maatregel eenzijdig heeft ingevoerd versterkt mijns inziens dat effect.

Volgens Van der Geld<sup>191</sup> heeft Nederland met het afschaffen van de bepaling de deur (weer) wagenwijd opengezet voor internationale structuren waarin moedwillig wordt ingespeeld op kwalificatieverschillen met andere landen. Mijns inziens kan het niet anders dan dat de Staatssecretaris zich hier ook van bewust is geweest. De bepaling was in 2002 immers specifiek ingevoerd om dergelijk structuren te voorkomen. Door de bepaling af te schaffen ontstond weer een ‘incentive’ voor bedrijven om via Nederland hybride financieringen te verstrekken. Dit heeft in mijn optiek een positief effect gehad op het fiscale vestigingsklimaat van Nederland. Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat het uiteindelijke doel van dit fiscale vestigingsklimaat is om de Nederlandse economie te stimuleren en extra werkgelegenheid te creëren.<sup>192</sup> Het is de vraag of dat doel ook wordt bereikt door hybride financieringen via Nederland wederom fiscaal te stimuleren.

### **Publieke opinie**

Ondanks dat het afschaffen van de bepaling weer mogelijkheden creëerde om ‘double dip’-structuren op te zetten, is er in de media – voor zover ik heb kunnen nagaan – geen aandacht voor geweest. Dit valt wellicht te verklaren door het feit dat belastingontwijking door multinationale ondernemingen destijds minder in de publieke belangstelling stond.

---

<sup>191</sup> Van der Geld, J.A.G., *Ethiek en multinationale ondernemingen*, in: *Principieel belastingrecht*. Opstellen aangeboden aan Richard Happé, Nijmegen: WLP 2011, par. 6.

<sup>192</sup> Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 5 oktober 2015, Appreciatie uitkomst BEPS-project en vooruitblik Nederlands fiscaal vestigingsklimaat, nr. IZV/2015/657M.

#### 4.4 Art. 13, lid 17 Wet VPB 1969

##### **Doeltreffendheid**

Zoals in par 3.4.1 is aangegeven, is art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 geïntroduceerd als gevolg van de verplichting voor Nederland om vóór 1 januari 2016 de wijzigingsrichtlijn van de MDR in de nationale wetgeving te implementeren. Omdat art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 voortvloeit uit de wijzigingsrichtlijn meen ik dat de doelstelling van art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 ook moet worden afgeleid uit de doelstelling van de wijzigingsrichtlijn. Op grond van punt 3 van de preambule van de wijzigingsrichtlijn heeft deze als doel om situaties van dubbele non-belasting als gevolg van incongruenties in de fiscale behandeling van winstuitkeringen door de lidstaten te vermijden. Om dergelijke situaties te vermijden dienen lidstaten de belastingvrijstelling voor ontvangen winstuitkeringen te ontzeggen voor zover de uitgekeerde winst aftrekbaar is bij de dochtermaatschappij. Met andere woorden, de oplossingsrichting om hybride financieringen te bestrijden sluit aan bij het neutraliseren van het belastingvoordeel van dergelijke financieringen. Deze methodiek sluit ook aan bij het standpunt van de Staatssecretaris<sup>193</sup> en de Europese afspraken die hierover zijn gemaakt in het kader van de ATAD 2 (zij het dat de ATAD 2 ter voorkoming van het belastingvoordeel primair voorschrijft om de aftrek van de vergoeding in de bronstaat te weigeren). Ik ben van mening dat de bepaling van art. 13, lid 17 Wet VPB 1969, gegeven de gekozen oplossingsrichting, doeltreffend uitwerkt. Door – kort gezegd – aftrekbare vergoedingen uit te sluiten van belastingvrijstelling in Nederland wordt de fiscaal gedreven ‘incentive’ voor belastingplichtigen om hybride financieringen te verstrekken ontnomen. Het doel om dubbele non-belasting te vermijden wordt met deze bepaling dus bereikt.

De wetgever heeft tijdens de parlementaire behandeling expliciet aangegeven dat art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 niet ziet op ‘mismatches’ als gevolg van een onzakelijke lening of een verschillende verrekenprijsbenadering. Dit acht ik juist omdat dergelijke ‘mismatches’ niet het gevolg zijn van een kwalificatieverschil, maar van een verrekenprijsverschil. Helaas conflicteert de letterlijke tekst van art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 met deze opvatting. Met De Smit<sup>194</sup> ben ik van mening dat hier waarschijnlijk geen problemen door zullen ontstaan omdat dergelijke ‘mismatches’ in de parlementaire geschiedenis expliciet zijn uitgesloten. Daarnaast worden ‘mismatches’ als gevolg van verrekenprijsverschillen in de ATAD 2 ook expliciet uitgesloten.

In de literatuur is door verschillende auteurs<sup>195</sup> een alternatief voorgesteld om hybride financieringen (en ‘hybrid mismatches’ in het algemeen) te bestrijden. Hierbij wordt voor de voorkoming van

---

<sup>193</sup> Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 5 oktober 2015, Appreciatie uitkomst BEPS-project en vooruitblik Nederlands fiscaal vestigingsklimaat, nr. IZV/2015/657M.

<sup>194</sup> De Smit, R.C., ‘Implementatie Moeder-dochterrichtlijn: Wordt de onzakelijke lening populair?’, *Taxlive.nl*, 27 oktober 2015.

<sup>195</sup> Zie o.a. Kavelaars, P., Uitdagingen rondom mismatches in: *Strik(t) Fiscaal? (Strikbundel)*, p. 159 en Fibbe, G.K., WFR 2016/186, par. 3.



‘mismatches’ vooral gekeken naar de oorzaak daarvan in plaats van het (belasting)gevolg. Zo stelt Kavelaars<sup>196</sup> voor om hybride financieringen te bestrijden door de woon-vestigingsstaat de kwalificatie van de bronstaat te laten overnemen. Dit sluit in zijn optiek ook goed aan bij de benadering van art. 10 en 11 OESO Modelverdrag. Alhoewel ik mij kan vinden in de gedachte dat je idealiter de oorzaak van een “probleem” aanpakt in plaats van het gevolg, ben ik toch van mening dat het goed is dat deze oplossingsrichting niet de voorkeur heeft gekregen in de uiteindelijk gekozen voorkomingsmethodiek. Dit komt met name omdat ik meen dat een dergelijke oplossingsrichting onevenredig kan uitwerken. Een vermogensverstreking vanuit Nederland naar Land B zou anders kunnen worden gekwalificeerd dan dezelfde vermogensverstreking naar land C. Het uitgangspunt dat de Nederlandse kwalificatie afhankelijk is van de kwalificatie in het buitenland acht ik niet bevredigend.

### **Uitvoerbaarheid**

In de memorie van toelichting heeft de Staatssecretaris een gedetailleerde berekening gegeven van de uitvoeringskosten van de bepaling voor de Belastingdienst.<sup>197</sup> Zo werd voor 2016 een extra uitvoeringslast van €0,231 miljoen verwacht en voor de daaropvolgende jaren structureel een last van €0,158 miljoen per jaar. Hieruit kan geconcludeerd worden dat de uitvoeringskosten naar verwachting erg laag zullen zijn. Dit heeft in mijn optiek vooral te maken met: (i) het standpunt van de regering omtrent de aftrekbaarheid van de vergoeding, (ii) het feit dat belastingplichtigen geen tegenbewijs kunnen leveren en (iii) het feit dat intentie of motief bij de toepassing van de maatregel geen rol speelt.

Voorts wordt in de memorie van toelichting ingegaan op de extra uitvoeringslasten voor het bedrijfsleven. Omdat het lastig is om een kwantitatieve duiding te geven, wordt daar volstaan met de kwalitatieve uitspraak dat een “*lichte toename van de administratieve lasten voor het bedrijfsleven kan optreden*”.<sup>198</sup> Dit wordt met name veroorzaakt omdat belastingplichtigen in de aangifte vennootschapsbelasting een extra “check” moeten doen of de ontvangen vergoeding in het buitenland wel of niet naar haar aard aftrekbaar is. Hiervoor is wetenschap over de fiscale behandeling van de vergoeding in het buitenland vereist. Omdat hybride financieringen vaak worden verstrekt onder begeleiding van een fiscaal adviseur, meen ik dat belastingplichtigen in voorkomende gevallen al over deze informatie zullen beschikken. Hierdoor acht ik de extra uitvoeringslast voor bedrijven niet groot. Daarnaast ben ik van mening dat de maatregel ook niet complex is; dit draagt bij aan de uitvoerbaarheid. Concluderend meen ik dan ook dat de maatregel goed uitvoerbaar is.

---

<sup>196</sup> Kavelaars, P., Uitdagingen rondom mismatches in: *Strik(t) Fiscaal? (Strikbundel)*, p. 159.

<sup>197</sup> *Kamerstukken II 2015-2016*, 34 306, nr. 3, p. 6.

<sup>198</sup> *Kamerstukken II 2015-2016*, 34 306, nr. 3, p. 6.

## Doelmatigheid

Tijdens de parlementaire behandeling is aangegeven dat wordt verwacht dat de invoering van de bepaling structureel €10 miljoen per jaar zal opleveren, maar dat het lastig is om een goede inschatting te maken.<sup>199</sup> Daarnaast wordt opgemerkt dat naar de mening van het kabinet de maatregel dusdanig is vormgegeven dat het reële bedrijfsleven niet wordt geraakt.<sup>200</sup> Tot slot zijn, zoals hierboven aangegeven, de uitvoeringskosten voor de Belastingdienst en het bedrijfsleven laag. Dit maakt de maatregel in mijn optiek doelmatig.

Ik ben echter wel van mening dat de maatregel nog doelmatiger zou kunnen worden gemaakt. Zoals ik in par. 3.4.3 e.v. heb aangegeven, kent de bepaling op sommige punten namelijk een zekere ‘overkill’. Dit leidt ertoe dat de maatschappelijke kosten van de maatregel hoger zijn dan noodzakelijk is. Om een oplossing te bieden voor de kritiek op het standpunt van de Staatssecretaris omtrent de aftrekbaarheid van de vergoeding heeft Tweede Kamerlid Omtzigt tijdens de parlementaire behandeling een amendement ingediend.<sup>201</sup> Hij stelde voor om de betaalde belasting over vergoedingen die door de werking van een renteaftrekbeperking niet in aftrek kunnen worden gebracht bij de dochtermaatschappij, via het regime van art. 23c Wet VPB 1969 (deelnemingsverrekening) bij de Nederlandse moedermaatschappij te verrekenen. Zonder verder inhoudelijk in te gaan op dit voorstel meen ik dat dit een lastig uitvoerbare en complexe oplossing is. Mijns inziens zou het beter zijn om in de bepaling de mogelijkheid tot tegenbewijs te creëren. Hierbij zou de tekst als volgt kunnen luiden:

*“Het zeventiende lid is niet van toepassing voor zover de belastingplichtige aannemelijk maakt dat de voordelen uit hoofde van een deelneming als bedoeld in het zeventiende lid rechtens dan wel in feite direct of indirect niet in aftrek kunnen worden gebracht op een naar de winst geheven belasting.”*

Zoals ik in par. 3.4.2 heb opgemerkt, acht ik het argument van de regering dat aansluiten bij de feitelijke aftrekbaarheid te ingewikkeld zou zijn en een te grote uitvoeringslast voor de Belastingdienst oplevert, niet overtuigend. Op grond van bovenstaande tegenbewijsregeling is het immers de belastingplichtige die moet aantonen dat de vergoeding niet aftrekbaar is. Voor wat betreft generieke renteaftrekbeperkingen ontstaat dan nog wel het probleem dat niet (precies) kan worden bepaald welk deel van de vergoeding wel en welk gedeelte niet aftrekbaar was. In tegenstelling tot een specifieke renteaftrekbeperking kan de niet in aftrek toegestane rente immers niet ‘ge-earmarked’ worden. Met Kavelaars<sup>202</sup> ben ik van mening dat in dergelijke gevallen een forfaitaire of pro rata vrijstelling zou moeten plaatsvinden.

---

<sup>199</sup> Kamerstukken II 2015-2016, 34 306, nr. 3, p. 5.

<sup>200</sup> Kamerstukken II 2015-2016, 34 306, nr. 6, p. 8-9.

<sup>201</sup> Kamerstukken II 2015-2016, 34 306, nr. 9.

<sup>202</sup> Kavelaars, P., TFO 2017/150.5, par. 3.2.

## Vestigingsklimaat

Nederland heeft bij de implementatie van de wijzigingsrichtlijn gekozen voor een mondiale reikwijdte ondanks dat de richtlijn slechts dwingt tot een Europese reikwijdte. Alhoewel ik mij kan vinden in het standpunt van De Vries<sup>203</sup> dat dit een negatief effect heeft op het vestigingsklimaat van Nederland, acht ik dit effect binnen Europa zeer gering. Dit komt enerzijds omdat veel andere Europese landen dezelfde keuze als Nederland hebben gemaakt<sup>204</sup> en anderzijds omdat op grond van de ATAD 2 vóór 1 januari 2020 toch naar een mondiaal toepassingsbereik moet worden overgestapt. Ik vraag mij sterk af of de landen die de wijzigingsrichtlijn Europees hebben geïmplementeerd daar, mede gelet op de aanstaande implementatie van de ATAD 2, veel profijt van zullen hebben. Weliswaar zal het tot 1 januari 2020 voor belastingplichtigen aantrekkelijk blijven om via deze landen hybride financieringen naar landen buiten de EU te verstrekken, maar omdat het ontvangende land de vergoeding vrijstelt van belasting levert dat geen extra belastinginkomsten op. Daarnaast betwijfel ik of gelet op het korte bestaansrecht van hybride financieringen binnen deze landen, (veel) economische groei of extra werkgelegenheid zal ontstaan.

Kijkende naar de invloed van de bepaling (en de toekomstige implementatie van de ATAD) op het fiscale vestigingsklimaat in relatie tot landen buiten de EU, zie ik wel een significant negatief effect.<sup>205</sup> Aangezien de EU vooroploopt in de strijd tegen hybride financieringen (en belastingontwijking in het algemeen) zouden binnen de EU gevestigde ondernemingen hun activiteiten mogelijk kunnen verplaatsen naar landen buiten de EU. Om dit nadelige effect te compenseren en het fiscale vestigingsklimaat van Nederland concurrerend en fiscaal aantrekkelijk te houden, heeft de Staatssecretaris al aangegeven dat naargelang Nederland slaagt in de aanpak van belastingontwijking het statutaire Vpb-tarief moet worden verlaagd.<sup>206</sup> Blijkens de afspraken in het regeerakkoord 2017-2021 staat deze verlaging ook daadwerkelijk op de agenda van het nieuwe kabinet.<sup>207</sup> Indien andere lidstaten dit voorbeeld gaan volgen, zou binnen de EU een zogenoemde ‘race to the bottom’ kunnen ontstaan. Een dergelijke verheving van de tariefconcurrentie binnen de EU acht ik niet bevorderlijk voor economie van de interne markt (en die van Nederland). Door een verhevigde tariefconcurrentie binnen de EU wordt de reële investeringsbeslissing van ondernemingen namelijk verstoord. Daarnaast zou ter financiering van de tariefconcurrentie een verschuiving binnen de belastingmix richting minder mobiele vormen van belastingheffing (zoals arbeid) kunnen optreden. Dit kan vervolgens weer gevolgen hebben op het arbeidsaanbod waardoor lonen stijgen en de kosten voor bedrijven toenemen. Aangezien de loonheffingen in Nederland deels worden gedragen door de bedrijven zorgt dit voor een verdere toename van de kosten.

---

<sup>203</sup> De Vries, R.J., WFR 2015/1376.

<sup>204</sup> *Kamerstukken II* 2015-2016, 34 306, nr. 3, p. 3.

<sup>205</sup> Zie ook De Wilde, M.F., FED 2016/38, par. 3.2.

<sup>206</sup> Brief Staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016, Fiscaal Vestigingsklimaat, nr. 2016-0000148647.

<sup>207</sup> Regeerakkoord 2017-2021: ‘Vertrouwen in de toekomst’, Den Haag: 2017.

## Publieke opinie

De invoering van art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 heeft in sommige media aandacht gekregen.<sup>208</sup> Deze aandacht is echter zeer beperkt in verhouding tot de overvloed aan artikelen over belastingontwijking, ‘Nederland belastingparadijs’ en de ‘Panama/Paradise Papers’. Hierdoor zou jammer genoeg een verkeerd beeld in de maatschappij kunnen ontstaan over de maatregelen die Nederland treft ter voorkoming van hybride financieringen (en belastingontwijking in het algemeen). Wat dat betreft is de aandacht die de ATAD heeft gekregen een stap voorwaarts. Deze kan namelijk op veel positieve steun van de media en het grote publiek rekenen.

## 4.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is beoordeeld of de Nederlandse aanpak ter bestrijding van hybride financieringen adequaat is. Hierbij zijn de drie maatregelen die in hoofdstuk drie aan bod zijn gekomen afzonderlijk getoetst aan de hand van de criteria opgenomen in het toetsingskader. Ten eerste is gekeken naar art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969. Omdat de uiteindelijke vormgeving van de bepaling in feite een codificatie is van de jurisprudentie omtrent de deelnemerschapslening acht ik de bepaling niet doeltreffend in het voorkomen van het gebruik van dergelijke financieringen (in internationale structuren). Een wettelijke aftrekbeperking op vergoedingen op geherkwalificeerde “leningen” voegt namelijk niets toe aan de fiscale behandeling zoals deze op grond van de jurisprudentie al vaststaat. Hierdoor ben ik ook tot de conclusie gekomen dat de maatregel geen effect heeft gehad op het fiscale vestigingsklimaat. Verder ben ik van mening dat de maatregel ondoelmatig is omdat deze niet doeltreffend is en tot 2007 slecht uitvoerbaar was vanwege complexiteit en onduidelijkheid. Vanaf 2007 is de bepaling vereenvoudigd, maar ik acht deze sindsdien nog steeds niet doelmatig vanwege het feit dat de bepaling niet doeltreffend is. Tot slot is besproken dat de maatregel bij introductie op veel maatschappelijke kritiek heeft gestuit. Als gevolg hiervan is het oorspronkelijke wetsvoorstel zelfs ingetrokken en twee jaar later in een andere vorm in de wet opgenomen. Sindsdien heeft de bepaling geen aandacht meer gekregen bij het grote publiek.

Daarnaast is ingegaan op art. 13, lid 3, onderdeel b Wet VPB 1969 (oud). Deze bepaling is tussen 2002 en 2007 in de wet opgenomen en bood naar mijn mening een doeltreffende aanpak tegen de gevolgen van 10-1-d-leningen. De bepaling zag echter niet op andere vormen van hybride financieringen. Tevens was naar mijn mening de maatregel goed uitvoerbaar omdat de bewijslast bij de belastingplichtige lag en deze ook in de beste positie verkeert om aannemelijk te maken dat de vergoeding in het andere land niet in aftrek kan komen. Dit beperkt de uitvoeringskosten voor de Belastingdienst. Voorts ben ik tot de conclusie gekomen dat de bepaling tot ‘overkill’ heeft geleid waardoor de doelmatigheid van de bepaling negatief werd beïnvloed. Hier staat tegenover dat vanaf 2003 een belangrijke tegemoetkoming

---

<sup>208</sup> Onder meer in het Financieele Dagblad en online op Taxlive.nl en Taxence.nl.

is verleend voor situaties waarbij de vergoeding gedeeltelijk aftrekbaar was. Deze “voor zover”-benadering acht ik in lijn met de doelstelling van de bepaling om ‘double dip’-structuren aan te pakken. Daarnaast is gekeken naar de invloed van de bepaling op het fiscale vestigingsklimaat van Nederland. Omdat Nederland de maatregel eenzijdig heeft ingevoerd heeft dit een negatief effect gehad op het vestigingsklimaat. Na de afschaffing is dit effect echter weer teruggedraaid. Tot slot is onderzocht of de maatregel bekend was bij het grote publiek. Ik ben echter geen artikelen tegengekomen waardoor ik meen dat zowel de introductie als de afschaffing van de bepaling niet in de publieke belangstelling heeft gestaan. Wellicht dat dit ook verband houdt met het feit dat belastingontwijking destijds een minder ‘hot topic’ was.

Ten slotte is de meest recente maatregel van Nederland, voortvloeiende uit de wijzingsrichtlijn van de MDR, besproken. In mijn optiek is art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 een doeltreffende maatregel om het gebruik van hybride financieringen te bestrijden. In lijn met de Europese afspraken gemaakt in het kader van de ATAD 2 sluit de maatregel aan bij het neutraliseren van de gevolgen van hybride financieringen. Ik acht dit ook een meer bevredigende aanpak dan het alternatief dat in de literatuur is voorgesteld om voor de kwalificatie van een financiering aan te sluiten bij de kwalificatie van het bronland. Verder ben ik van mening dat de maatregel goed uitvoerbaar is. De uitvoeringskosten voor de Belastingdienst zijn, naar verwachting, gering. Hetzelfde geldt mijns inziens voor de kosten voor het bedrijfsleven. Dit maakt de maatregel, tezamen met de verwachting van de wetgever dat deze structureel €10 miljoen aan extra belastinginkomsten gaat opleveren, naar ik meen doelmatig. Dit zou echter verbeterd kunnen worden door de ‘overkill’ met betrekking tot de aftrekbaarheid van de vergoeding aan te passen. De bepaling zou, gegeven de doelstelling uit de preambule van de wijzingsrichtlijn, alleen van toepassing moeten zijn in situaties dat dubbele non-belasting daadwerkelijk optreedt. De huidige vormgeving van de maatregel gaat echter verder dan nodig is en kan daarbij tot economisch dubbele belasting leiden. In navolging van enkele kritische opmerkingen in de literatuur acht ik dit een kwalijke zaak. Kijkende naar de impact op het fiscale vestigingsklimaat verwacht ik dat deze in verhouding met de andere EU-landen zeer gering zal zijn. Veel andere EU-landen hebben namelijk net als Nederland voor een mondiale reikwijdte gekozen of moeten hier op grond van de ATAD 2 op korte termijn naar overstappen. Met betrekking tot landen buiten de EU heeft de maatregel mijns inziens wel een negatief effect op het fiscale vestigingsklimaat. Omdat de EU vooroploopt in de strijd tegen hybride financieringen (en belastingontwijking in het algemeen) ontstaat een ‘incentive’ voor binnen de EU gevestigde bedrijven om zich te verplaatsen naar landen buiten de EU. Ten slotte is onderzocht wat voor publiciteit de maatregel heeft gekregen. Alhoewel dit zeer gering is in verhouding tot de (negatieve) uitingen over zaken als “belastingontwijking door multinationals” en de ‘Panama/Paradise papers’, is de aandacht die de maatregel in de media heeft gekregen wel positief. Met name het bereiken van een akkoord over de ATAD 2 heeft hieraan bijgedragen.

Samenvattend meen ik dat de verschillende maatregelen als volgt moeten worden beoordeeld:

	<b>Doeltreffend- heid</b>	<b>Doelmatigheid <sup>209</sup></b>	<b>Uitvoerbaarheid</b>	<b>Vestigings- klimaat</b>	<b>Publieke opinie</b>	<b>Totaal <sup>210</sup></b>
Art. 10-1-d	--	-	+	0	0	-/0
Art. 13-3-b (oud)	+	-	+	--	0	0
Art. 13-17	++	0	+	-	+	0/+

Gelet op de bovenstaande beoordeling van de verschillende maatregelen ter bestrijding van hybride financieringen, ben ik concluderend van mening dat de Nederlandse aanpak enigszins adequaat is. Met art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 heeft Nederland sinds 2016 weer een doeltreffende maatregel om hybride financieringen te bestrijden. In tegenstelling tot de antimisbruikbepaling die tussen 2002 en 2007 in de deelnemingsvrijstelling was opgenomen, is de huidige bepaling niet beperkt tot 10-1-d-leningen. Daarnaast meen ik dat het voor het fiscale vestigingsklimaat van Nederland belangrijk is dat de bepaling binnen de gehele EU is ingevoerd. Art. 13, lid 3, onderdeel b Wet VPB (oud) was eenzijdig door Nederland ingevoerd waardoor dit een sterk negatief effect had op het fiscale vestigingsklimaat. Art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 kent op sommige punten nog wel een zekere ‘overkill’ waarvan ik meen dat deze zo snel mogelijk door de wetgever moet worden opgelost. De maatregelen ter bestrijding van hybride financieringen mogen in mijn optiek namelijk niet leiden tot situaties waarin economisch dubbele belasting kan ontstaan. Kijkende naar de ontwikkelingen omtrent de ATAD 2 meen ik dat Nederland nog een hoop werk heeft te verzetten. Met name het implementeren van de ‘primary rule’ en het codificeren van het ruime toepassingsbereik van de ATAD 2 zal de wetgever ongetwijfeld heel wat hoofdbrekens gaan opleveren.

<sup>209</sup> Bij dit criterium is tevens rekening gehouden met het feit dat een bepaling idealiter symmetrisch moet werken en zodoende niet tot ‘overkill’ moet leiden. Kent een bepaling een zekere ‘overkill’ dan leidt dat tot een stijging van de maatschappelijke kosten, wat vervolgens een negatief effect heeft op de doelmatigheid.

<sup>210</sup> De totaalscore wordt gevormd door het gemiddelde van de verschillende criteria. Hierbij wordt aan elk criterium hetzelfde gewicht toegekend.

## 5. De rol van de rechter

### 5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal onderzocht worden of de rechter een rol kan spelen in de aanpak van hybride financieringen. Gegeven de verschillende rechtsvindingsmethoden die een rechter ter beschikking staan, zal worden beoordeeld of het mogelijk is om in concrete situaties de gevolgen van hybride financieringen te voorkomen. Om een antwoord op deze vraag te formuleren wordt ten eerste uiteengezet welke verschillende rechtsvindingsmethoden een rechter ter beschikking staan. Zowel de heteronome rechtsvindingsmethoden als de autonome rechtsvindingsmethode zullen hierbij onderzocht worden. Daarnaast zullen enkele arresten besproken worden die vervolgens betrokken worden in het antwoord van de deelvraag die in dit hoofdstuk centraal staat: *Heeft de rechter de mogelijkheid om in concrete situaties de gevolgen van hybride financieringen te voorkomen?*<sup>211</sup>

### 5.2 Methoden van rechtsvinding

De primaire taak van een (belasting)rechter is gelegen in het vaststellen van een rechtsgevolg in geschillen tussen de bij het geschil betrokken partijen. Wanneer in een dergelijk geschil geen verschil van inzicht bestaat omtrent de uitleg van een wettelijke bepaling, spitst deze rechtsstrijd zich met name toe op de vaststelling van de feiten. Nadat de rechter de betwiste feiten heeft vastgesteld, blijft de rechterlijke werkzaamheid beperkt tot het toepassen van de betreffende rechtsregel om tot het rechtsgevolg te komen.

Vaak komt het echter voor dat niet alleen verschil van inzicht bestaat omtrent de feiten, maar ook over de uitleg van een wettelijke bepaling. Het is dan aan de rechter om een standpunt in te nemen over de uitleg van de bepaling. In dergelijke gevallen verlaat de rechter het terrein van de strikte wetstoepassing en begeeft hij zich op het terrein van de rechtsinterpretatie.<sup>212</sup> Hierbij is het aan de rechter om op zoek te gaan naar de zin van de wettelijke bepaling en deze vervolgens zo nauwkeurig mogelijk uit te leggen. Dit proces wordt ook wel omschreven als ‘rechtsvinding’ omdat de rechter als het ware het recht moet vinden dat in de wettelijke bepaling besloten ligt.<sup>213</sup> Deze zoektocht van de rechter is (uiteraard) gebonden aan enkele restricties. Op grond van art. 11 van de Wet Algemene Bepalingen<sup>214</sup> (hierna:

---

<sup>211</sup> Een discussie over de eventuele wenselijkheid van de rechter om in concrete situaties de gevolgen van hybride financieringen te voorkomen zal in dit hoofdstuk buiten aanmerking blijven. Ik verwijs naar onder meer Horzen, F., NTFR 2017/1072 en Kavelaars, P., TFO 2015/150.5, par 2 voor enkele standpunten uit de literatuur.

<sup>212</sup> Geppart, P.A., in: *Fiscale Rechtsvinding*, p. 7.

<sup>213</sup> Werd, M.M. de, in: *Cursus Belastingrecht: Formeel Belastingrecht*, par. 7.1.0.

<sup>214</sup> Wet houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk van 15 mei 1829, *Stb.* 28.

“WAB”) is de rechter namelijk gedwongen om binnen de grenzen van de wet te blijven; het is de rechter in geen geval toegestaan om de redelijkheid en/of billijkheid van de wettelijke bepaling te toetsen.<sup>215</sup>

Voor het interpreteren van een wettelijke bepaling kan de rechter gebruikmaken van verschillende rechtsvindings- of interpretatiemethoden. In de wet is niets vastgelegd over de vraag of een rangorde tussen de verschillende interpretatiemethoden bestaat. Wel kan uit de literatuur<sup>216</sup> en de jurisprudentie<sup>217</sup> een zekere lijn ontdekt worden waaruit blijkt dat veel gewicht wordt toegekend aan de grammaticale interpretatiemethode. Pas als deze methode niet tot een dwingende uitkomst leidt maakt de rechter gebruik van andere interpretatiemethoden om de bedoeling van de wetgever te achterhalen. Hierna bespreek ik de bekendste en meest voorkomende interpretatiemethoden.

#### *Grammaticale interpretatie*

Bij deze interpretatiemethode wordt gekeken naar de formulering van de wettekst: de woorden van de wet vormen de rechtsnorm.<sup>218</sup> De gedachte hierachter is dat de woorden van de wettekst tot uitdrukking brengen wat de bedoeling van de wetgever is. Om deze interpretatiemethode toe te kunnen passen is van groot belang dat de bewoording in de wettekst duidelijk is. Volgens Geppaart<sup>219</sup> is dit het geval wanneer aan de woorden van de wet een betekenis kan worden gegeven die voor een redelijke belastingplichtige duidelijk is. Zo staat bijvoorbeeld in art. 33 Successiewet 1956 opgenomen dat jaarlijks van schenkbelasting is vrijgesteld een bedrag ter grootte van €2.129. Dit is een heldere bepaling omdat uit de woorden van de wet duidelijk valt op te maken wat de bedoeling van de wetgever is. Niessen<sup>220</sup> omschrijft deze gevallen als ‘clear cases’. Het kan echter ook voorkomen dat een wettelijke bepaling onduidelijk is of voor verschillende uitleg vatbaar blijkt te zijn. In dergelijke situaties dient de rechter andere interpretatiemethoden te gebruiken om de aan de wet ten grondslag liggende opvattingen te achterhalen.

#### *Wetshistorische interpretatie*

Als de grammaticale interpretatie niet tot een dwingende oplossing leidt, kan de rechter gebruikmaken van de wetshistorische interpretatie. Bij het gebruik van deze interpretatiemethode zoekt de rechter aansluiting bij de totstandkomingsgeschiedenis van de wettelijke bepaling om daaruit de bedoeling van

---

<sup>215</sup> De letterlijke formulering van art. 11 WAB luidt: “De rechter moet volgens de wet regt spreken: hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordelen.”

<sup>216</sup> Zie o.a. Bruijsten, C., NTFR 2017/8, par. 4.

<sup>217</sup> Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 20 oktober 2016, nr. 15 00032, NTFR 2016/2987, r.o. 4.7.1: “Het Hof is in dat verband van oordeel dat omwille van de rechtszekerheid als uitgangspunt heeft te gelden dat de tekst van de wet, en daarmee grammaticale interpretatie, gerespecteerd dient te worden. Voor een uitzondering op dat uitgangspunt is enkel plaats in het geval dat de woorden van de wet niet duidelijk zijn dan wel tot een zodanig resultaat leiden dat dit onmogelijk is voorzien of gewild door de wetgever.”

<sup>218</sup> Werd, M.M. de, in: *Cursus Belastingrecht: Formeel Belastingrecht*, par. 7.1.3.

<sup>219</sup> Geppaart, P.A., in: *Fiscale Rechtsvinding*, p. 53.

<sup>220</sup> Niessen, R.E.C.M., in: *Rechtsvinding in belastingzaken*, p. 18.



de wetgever af te leiden. Deze bedoeling, vaak ook aangegeven als doel en strekking van de bepaling, wordt dan betrokken bij de beoordeling van de uitleg van de wettelijke bepaling. Een voorbeeld van een arrest waarin de Hoge Raad deze methode gebruikt is het arrest HR 30 januari 2009<sup>221</sup>. De Hoge Raad leidde in dit arrest uit de parlementaire geschiedenis van art. 13ca Wet VPB 1969 (oud) af wat de bedoeling van de wetgever is geweest om daaruit vervolgens een conclusie te trekken over hoe de term ‘jaar’ in dat artikel moest worden uitgelegd. In dergelijke gevallen is de bedoeling van de wetgever zoals deze volgt uit de wetshistorische interpretatie dus beslissend voor het uiteindelijke rechtsgevolg.

Het kan ook voorkomen dat, ondanks dat de wettekst duidelijk is, de rechter de wetshistorische interpretatiemethode gebruikt ter ondersteuning van zijn beslissing. Als de uitkomst van beide interpretatiemethoden met elkaar overeenstemmen is er weinig aan de hand en kan het rechtsgevolg gemakkelijk worden vastgesteld. Treedt echter een tegenstrijdigheid op tussen beide interpretatiemethoden (de woorden van de wettekst zijn duidelijk, maar blijken haaks op de bedoeling van de wetgever te staan) dan dient de rechter een afweging te maken tussen beide interpretatiemethoden. Voor deze situaties is in het ‘ex-warrantarrest’<sup>222</sup> bepaald dat de grammaticale interpretatie prevaleert boven de wetshistorische interpretatie indien de wetgever zich bewust is geweest van de discrepantie tussen zijn bedoeling en de door hem voorgestelde en aangenomen wettekst. Hieruit kan volgens De Werd<sup>223</sup> de grote betekenis van de formulering van de wettekst als methode van rechtsvinding worden afgeleid. Deze betekenis gaat echter niet zo ver dat bij strijd tussen de woorden van de wettekst en de bedoeling van de wetgever, de wettekst altijd voorrang heeft.<sup>224</sup>

Indien de vereisten van het ex-warrantarrest worden toegepast op de gestelde vraag in par. 3.4.4 met betrekking tot de tegenstrijdigheid in de wettekst en de parlementaire geschiedenis van art. 13, lid 17 Wet VPB 1969, kan in mijn optiek gesteld worden dat de rechter de grammaticale interpretatie zou moeten laten prevaleren boven de wetshistorische interpretatie. De wetgever is zich namelijk bewust geweest van de discrepantie tussen zijn bedoeling en de wettekst omdat niet alleen in de parlementaire behandeling vragen zijn gesteld, maar ook door de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: “NOB”) hierop is gewezen.<sup>225</sup> Desondanks ben ik met De Smit<sup>226</sup> van mening dat dit in de praktijk waarschijnlijk niet voor de rechter zal komen omdat de Belastingdienst de uitgesproken lijn van de

---

<sup>221</sup> HR 30 januari 2009, nr. 07/13128, BNB 2009/95.

<sup>222</sup> HR 24 januari 1996, nr. 29 954, BNB 1996/138.

<sup>223</sup> Werd, M.M. de, in: *Cursus Belastingrecht: Formeel Belastingrecht*, par. 7.1.3.

<sup>224</sup> Mijns inziens is een goed voorbeeld hiervan het arrest HR 21 april 2017, nr. 16/03669, BNB 2017/156 (‘Credit Suisse-arrest’) waar de bedoeling van de wetgever zoals deze volgde uit de parlementaire geschiedenis prevaleerde boven de duidelijke, maar tegenstrijdige, bewoording van art. 10a, lid 3, onderdeel a Wet VPB 1969.

<sup>225</sup> *Kamerstukken II 2015-2016*, 34 306, nr. 6, p. 3 en Commentaar van de NOB van 2 oktober 2015, punt 3.3.

<sup>226</sup> De Smit, R.C., ‘Implementatie Moeder-dochterrichtlijn: Wordt de onzakelijke lening populair?’, *Taxlive.nl*, 27 oktober 2015.

regering zal volgen en belastingplichtigen er geen baat bij hebben om het verrekenprijsverschil onder art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 te scharen.

#### *Systematische interpretatie*

Bij deze methode zoekt de rechter aansluiting bij het stelsel of het systeem van de wet en wordt waarde toegekend aan de plaats van het wetsartikel binnen dit stelsel. Het is de algemene gedachte dat deze interpretatiemethode vooral als aanvullende bron van rechtsvinding wordt gebruikt. De systematische interpretatiemethode lijkt niet zelfstandig te worden toegepast.<sup>227</sup>

#### *Redelijke wetstoepassing*

Het kan voorkomen dat de rechter op grond van de bovenstaande interpretatiemethoden geen dwingende rechtsnorm of wetsuitlegging kan vinden. Hij komt dan tot het oordeel dat sprake is van een rechtstekort.<sup>228</sup> Om in deze gevallen toch tot een beslissing te komen kan de rechter een beroep doen op de ‘redelijke wetstoepassing’. Dit is als het ware het laatste redmiddel voor een rechter om tot een rechtsgevolg te komen. Hiermee verlaat de rechter het terrein van de heteronome rechtsvinding en betreedt hij het terrein van de autonome rechtsvinding (rechtsvinding door eigen inbreng van de rechter). Volgens Geppaart wordt hiermee de uiterste grens van rechtsvinding bereikt.<sup>229</sup>

De rechter laat zich bij het toepassen van een redelijke wetstoepassing leiden door de gedachte dat de wetgever een redelijk resultaat van zijn wetgeving heeft gewild. Deze gedachtegang moet goed onderscheiden worden van het verbod voor rechters om de redelijkheid en/of billijkheid van een wettelijke bepaling te toetsen.<sup>230</sup> Bij het gebruikmaken van een redelijke wetstoepassing hecht de rechter namelijk geen betekenis aan zijn *eigen* oordeel over de redelijkheid van de belastingheffing, maar laat hij zich leiden door wat Geppaart<sup>231</sup> benoemt als “geobjectiveerde redelijkheid”: de wetgever heeft een kennelijk onredelijk resultaat niet gewild. Alhoewel het toepassen van een redelijke wetstoepassing dus niet strijdig is met art. 11 WAB, ben ik wel van mening dat het onderscheid tussen beide heel erg klein is. Het eigen oordeel van de rechter over wat een redelijke wetstoepassing is kleurt natuurlijk ook zijn beeld over wat de wetgever als een redelijke wetstoepassing ziet.

Uit onderzoek van Den Boer<sup>232</sup> kan worden geconstateerd dat de arresten waarin een beroep op de redelijke wetstoepassing wordt gedaan, spaarzaam zijn. Den Boer kwam tot ongeveer 2% van de arresten in de periode 1975-1989. Niessen<sup>233</sup> komt tot eenzelfde percentage in de periode 2004-2008,

---

<sup>227</sup> Werd, M.M. de, in: *Cursus Belastingrecht: Formeel Belastingrecht*, par. 7.1.5.

<sup>228</sup> Werd, M.M. de, in: *Cursus Belastingrecht: Formeel Belastingrecht*, par. 7.1.8.

<sup>229</sup> Geppaart, P.A., in: *Fiscale Rechtsvinding*, p. 111.

<sup>230</sup> Art. 11 WAB.

<sup>231</sup> Geppaart, P.A., in: *Fiscale Rechtsvinding*, p. 109.

<sup>232</sup> Den Boer, J., WPNR 1991/5989, p. 42.

<sup>233</sup> Niessen, R.E.C.M., in: *Rechtsvinding in belastingzaken*, p. 44.

terwijl Langereis<sup>234</sup> zelfs tot een nog lager percentage komt in de periode 2002-2005. Een goed voorbeeld van een (serie) arrest(en) waarin de rechter zich beroept op een redelijke wetstoepassing zijn de zogenoemde ‘kostenarresten’<sup>235</sup>. In deze arresten overwoog de Hoge Raad namelijk dat een redelijke wetstoepassing, welke recht doet aan de samenhang tussen de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting, het niet toelaat om een voordeel (bestaande uit het niet verschuldigd worden van rente) bij de bepaling van de winst buiten aanmerking te laten, indien bij degene die dit voordeel heeft verstrekt dit voordeel niet tot een belastbaar inkomen of bedrag kan worden gerekend.<sup>236</sup> In casu betekende dit dat de vennootschap geen zakelijke rente in aanmerking mocht nemen bij het bepalen van de belastbare winst voor de vennootschapsbelasting omdat dit voordeel bij de aandeelhouder/natuurlijk persoon op grond van de Wet IB 1964 niet werd belast. Zonder ingrijpen van de Hoge Raad zou een heffingslek ontstaan, te weten aftrek in de vennootschapsbelasting en geen heffing in de inkomstenbelasting. Uitgaande van de gedachte dat de wetgever een dergelijk resultaat niet zou hebben gewild, dichtte de Hoge Raad dit heffingslek. Mijns inziens kan uit dit arrest duidelijk worden opgemaakt dat het toepassen van een redelijke wetstoepassing de uiterste grens van rechtsvinding is. Noch de woorden van de wet, noch de systematiek, noch doel en strekking van de vennootschapsbelasting vereisen immers dat een renteaftrek alleen kan worden genomen indien de opbrengst bij de geldverstrekker belast kan worden. Toch was dit wel de uitkomst van de arresten.

Zoals hierboven aangegeven beroept een rechter zich zelden op een redelijke wetstoepassing. Mijns inziens is deze terughoudendheid van de rechter ook zeer begrijpelijk. Wanneer de rechter constateert dat sprak is van een rechtstekort, kan hij zich namelijk afvragen of hij wel de aangewezen persoon is om de door de wetgever opengelaten gaten te dichten met een beroep op de redelijke wetstoepassing. Met Aardema<sup>237</sup> ben ik van mening dat het de verantwoordelijkheid van de wetgever is om doel en strekking van de wet op een afdoende wijze in de wet (en de parlementaire geschiedenis) tot uiting te laten komen. Op die manier hoeft een rechter zich niet te beroepen op een redelijke wetstoepassing, maar kan hij zijn beslissing baseren op heteronome rechtsvindingsmethoden zoals de grammaticale of de wetshistorische interpretatie. Daarnaast valt de terughoudendheid van de rechter in mijn optiek goed te verklaren vanuit de functies die de rechtspraak vervult. Zo heeft de rechtspraak niet alleen een geschilbeslechtende functie voor de betrokken partijen, maar ook een rechtsvormende functie voor toekomstige geschillen. De overwegingen van de rechter (en zeker de Hoge Raad) zijn immers een richtsnoer voor vergelijkbare casusposities in de toekomst. Gelet op de maatschappelijke relevantie is het daarom van groot belang dat de beslissingen van de rechter consistent zijn en tot rechtszekerheid leiden. Autonome rechtsvinding waarbij wordt afgeweken van de woorden van de wet en/of doel en

---

<sup>234</sup> Langereis, C.J., De rechtsbescherming door de Belastingkamer van de Hoge Raad, in: *Gedreven, eigenzinnig, creatief en honkvast (Schonisbundel)*, p. 199-201.

<sup>235</sup> HR 8 juli 1986, BNB 1986/293-297.

<sup>236</sup> HR 8 juli 1986, nr. 23 440, BNB 1986/295, r.o. 4.2.

<sup>237</sup> Aardema, E., Taak en positie van de belastingrechter, in: *Geppartbundel*, p. 9.

strekking van de wettelijke bepaling kan hier afbreuk aan doen. Ik kan mij dan ook vinden in de opvatting van Geppaart<sup>238</sup> dat het toepassen van een redelijke wetstoepassing te ver gaat wanneer dat de rechtszekerheid in gevaar brengt.

### 5.3 Jurisprudentie

Nu bepaald is welke verschillende methoden van rechtsvinding een rechter ter beschikking staan, zal onderzocht worden of de rechter op basis van deze methoden de mogelijkheid heeft om de dubbele (non-)belasting als gevolg van hybride financieringen te voorkomen. Om dit te onderzoeken wordt allereerst een aantal arresten op het gebied van (hybride) financieringen uiteengezet en zal op basis daarvan een antwoord op de deelvraag worden gevormd.

Het eerste relevante arrest is het zogenoemde ‘Zweedse grootmoederarrest’<sup>239</sup>. In dit arrest verstrekte een in Zweden gevestigde grootmoedervennootschap een renteloze lening aan haar in Nederland gevestigde kleindochter. De Nederlandse kleindochter was onderdeel van een fiscale eenheid waarbij de Nederlandse dochtervennootschap (van de Zweedse grootmoeder) hoofd van de fiscale eenheid was. De Hoge Raad oordeelde dat de Nederlandse dochtervennootschap de niet-betaalde rente in aftrek van haar winst mocht brengen tot een bedrag dat een onafhankelijke derde aan rente op de lening zou hebben betaald. Met andere woorden, de rente moest worden gecorrigeerd naar een zakelijke rente die vervolgens aftrekbaar was voor de Nederlandse dochtervennootschap. Daarnaast overwoog de Hoge Raad dat de door de Zweedse grootmoeder niet-bedongen rente moest worden aangemerkt als een informele kapitaalstorting in de Nederlandse dochtervennootschap.<sup>240</sup> Het feit dat de Nederlandse fiscus feitelijk niet kon heffen over dit voordeel omdat dit volgens de Nederlandse systematiek in Zweden zou moeten worden belast en dat onduidelijk was of de Zweedse fiscus het voordeel zou belasten (waarschijnlijk niet), deed niets aan de uitkomst af.

Wat opvalt is dat de casus uit het Zweedse grootmoederarrest veel overeenkomst vertoont met die van de reeds besproken kostenarresten. Er zijn echter twee verschillen. Ten eerste was in het Zweedse grootmoederarrest sprake van een situatie tussen twee gelieerde vennootschappen, terwijl het in de kostenarresten ging om de relatie vennootschap vs. aandeelhouder/natuurlijk persoon. Ten tweede ziet het Zweedse grootmoederarrest op een grensoverschrijdende situatie, terwijl de kostenarresten betrekking hebben op een binnenlandse situatie. Ondanks deze verschillen zijn beide situaties goed vergelijkbaar omdat in beide gevallen sprake is van een aandeelhouder die “zijn” BV vanuit

---

<sup>238</sup> Geppaart, P.A., in: *Fiscale Rechtsvinding*, p. 99.

<sup>239</sup> HR 31 mei 1978, nr. 18 230, BNB 1978/252.

<sup>240</sup> Alhoewel de Hoge Raad, in tegenstelling tot het Hof, de letterlijke bewoording ‘informele kapitaalstorting’ niet noemt is de overheersende mening in de literatuur dat de niet-bedongen rente kwalificeerde als informeel kapitaal. Voor een overzicht van deze literatuur verwijst ik naar Van Strien, J., in: *Aspecten van rente-aftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting (NOB/LOF Serie)*, p. 126, voetnoot 26.

aandeelhoudersmotieven bevoordeelt. Zoals aangegeven kwam de Hoge Raad in de kostenarresten tot een volstrekt andere conclusie dan in het Zweedse grootmoederarrest. Gelet op een redelijke wetstoepassing was de uitkomst in de kostenarresten immers dat de vennootschap *geen* zakelijke rente in aftrek mocht brengen omdat dit voordeel bij de aandeelhouder/natuurlijk persoon niet in de inkomstenbelasting kon worden belast. Opvallend detail is nog dat de Hoge Raad in HR BNB 1986/295 opmerkte dat:

*“[PV: De beslissing van HR BNB 1978/252] berust mede op de veronderstelling dat een op deze wijze gekomen voordeel naar de regels van het Nederlandse belastingrecht bij degene die het voordeel verstrekt tot de winst uit een door hem gedreven onderneming dient te worden gerekend.”*<sup>241</sup>

In de literatuur bestond discussie over de uitleg van deze overweging van de Hoge Raad.<sup>242</sup> Een strikte uitleg van de overweging zou betekenen dat aftrek alleen mogelijk zou zijn indien het voordeel tot de in Nederland belastbare winst behoort. Deze uitleg lijkt echter onwaarschijnlijk omdat op basis van die uitleg het arrest van HR BNB 1978/252 achterhaald zou zijn. Volgens Van Strien<sup>243</sup> dient de formulering als volgt te worden geïnterpreteerd: “de renteaftrek wordt toegestaan, mits het voordeel als het aan een in Nederland gevestigde onderneming zou zijn opgekomen, tot de in Nederland belastbare winst zou hebben gehoord”. Uiteindelijk heeft ook de Hoge Raad zich over deze kwestie uitgelaten. In HR BNB 2005/107<sup>244</sup> oordeelde de Hoge Raad dat het feit dat de fictieve rentebate bij de aandeelhouder in het buitenland (in casu: Ierland) feitelijk niet in de belastingheffing wordt betrokken, niet in de weg staat van renteaftrek in Nederland. Met andere woorden, voor de renteaftrek in Nederland is voldoende dat naar Nederlands recht sprake zou zijn van een belastbaar voordeel voor de aandeelhouder, ondanks dat compenserende heffing in het buitenland feitelijk niet optreedt.

Tot slot nog een interessante opmerking van A-G Overgaauw in zijn conclusie bij dit arrest:

*“Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat de Staatssecretaris het onwenselijk acht dat de rente (volledig) in aftrek komt in gevallen (...) waarin een compenserende heffing ontbreekt en verdedigt dat zodanige aftrek in strijd zou komen met doel en strekking van de wet. Hij heeft echter ervan afgezien wetgeving voor te stellen (...)”* en *“Het staat de wetgever uiteraard vrij wetgeving het licht te doen zien en op die wijze in te breken in het bestaande beginselprogramma en de keuzevrijheid voor de ondernemer. Het is echter niet aan de rechter om – vooruitlopend op dergelijke wetgeving – renteaftrek (...) te weigeren.”*<sup>245</sup>

---

<sup>241</sup> HR 8 juli 1986, nr. 23 440, BNB 1986/295, r.o. 4.1.

<sup>242</sup> Zie o.a. Aardema, E., FED 1987/45, par. 6.

<sup>243</sup> Van Strien, J., in: *Aspecten van rente-aftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting (NOB/LOF Serie)*, p. 138.

<sup>244</sup> HR 17 december 2004, nr. 40 238, BNB 2005/107.

<sup>245</sup> Conclusie A-G Overgaauw 17 december 2014, nr. 39.080, r.o. 4.24-4.25.

Mijns inziens komt in de bovenstaande passage goed naar voren dat het een rechter niet is toegestaan om op de stoel van de wetgever te gaan zitten. Tevens mag de rechter geen betekenis toekennen aan zijn oordeel over de mogelijke onwenselijkheid van zijn beslissing. In bovenstaande situatie komt de rechter op grond van de grammaticale en wetshistorische interpretatie tot een bepaald rechtsgevolg, waardoor er geen ruimte meer is voor het toepassen van een redelijke wetstoepassing.

Het volgende arrest dat besproken wordt, is HR BNB 2014/79<sup>246</sup> (hierna: “het RPS-arrest”). De casus betreft een typische hybride financieringssituatie waarvoor art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 sinds 2016 in de wet is opgenomen. In 2004 werd door belanghebbende vanuit Nederland een bepaalde financiering (in casu: ‘redeemable preference shares’) verstrekt die na omzetting van de financiering voor Australische doeleinden als vreemd vermogen werd gekwalificeerd en voor Nederlandse doeleinden als eigen vermogen werd gekwalificeerd. De Hoge Raad oordeelde dat het feit dat de vergoeding op de financiering in Australië aftrekbaar is geen afbreuk doet aan de toepassing van de Nederlandse deelnemingsvrijstelling waardoor de vergoeding in Nederland dus onbelast kon blijven. Daarnaast vond art. 13, lid 3, onderdeel b Wet VPB 1969 (oud) geen toepassing omdat door belanghebbende geen 10-1-d-lening was verstrekt. Ondanks dat in casu een onevenwichtige heffing optreedt, kan de rechter niet anders dan het volgen van de grammaticale en wetshistorische interpretatie om tot het rechtsgevolg te komen. Ook bij dit arrest zijn enkele interessant passages in de conclusie van de A-G (Wattel) te lezen: *“Zij [PV: belanghebbende] heeft gebruik gemaakt van een dispariteit (een kwalificatie-mismatch) tussen twee soevereine belastingstelsels. Zij handelt aldus niet in strijd met doel en strekking van (...) art. 13 Wet Vpb [PV: aangezien dit artikel] niet als doel of strekking heeft het wegnemen van ongewenste gevolgen van internationale dispariteiten”* en *“De wetgever heeft bovendien onder ogen gezien dat bij de toepassing van de deelnemingsvrijstelling kan blijken dat er financieringsinstrumenten zijn, de vergoeding waarop aftrekbaar is in het buitenland terwijl die vergoeding in Nederland vrijgesteld is. U zie art. 13(3)(b) Wet Vpb (...). Uitbreiding van de reikwijdte van die bepaling tot ruim buiten haar tekst en parlementaire geschiedenis, zoals in het geval van civielrechtelijk kapitaal in plaats van een vordering, is mijns inziens niet aan de rechter.”*<sup>247</sup>

Ook hier blijkt duidelijk dat de rechter geen handvatten heeft om het instrument van een redelijke wetstoepassing in te schakelen omdat doel en strekking van de deelnemingsvrijstelling duidelijk zijn. Bovendien heeft de wetgever tussen 2002 en 2007 door middel van art. 13, lid 3, onderdeel b Wet VPB 1969 (oud) onder ogen gezien dat hybride financieringen konden worden verstrekt. Het is dan ook niet aan de rechter om de onevenwichtige heffing als gevolg van een hybride financiering die niet onder art. 13, lid 3, onderdeel b Wet VPB 1969 (oud) valt, op te lossen. Een beroep op de redelijke wetstoepassing is mijns inziens niet mogelijk.

---

<sup>246</sup> HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, BNB 2014/79.

<sup>247</sup> Conclusie A-G Wattel 9 januari 2013, nr. 12/03540, r.o. 7.2 en 7.5.

## 5.4 Analyse

Ter beantwoording van de deelvraag die in dit hoofdstuk centraal staat zal eerst worden gekeken naar de mogelijkheid van de rechter om op basis van heteronome rechtsvindingsmethoden de gevolgen van hybride financieringen te voorkomen. Hierbij dient in mijn optiek onderscheid gemaakt te worden tussen de periode vóór en ná de invoering van art. 13, lid 17 Wet VPB 1969. Vóór de invoering van art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 ben ik van mening dat deze mogelijkheid er voor de rechter niet was. Zowel de grammaticale als de wetshistorische interpretatiemethoden boden geen handvatten voor de rechter om in concrete situaties de gevolgen van hybride financieringen te voorkomen. Alhoewel in de periode 2002-2007 nog een antimisbruikbepaling in de deelnemingsvrijstelling was opgenomen en mogelijk een beroep op de grammaticale interpretatiemethode kon worden gedaan, was deze bepaling enkel van toepassing op 10-1-d-leningen. Hybride financieringen die buiten het bereik van de deze bepaling lagen, zoals in de RPS-zaak, konden daarom niet door de rechter worden bestreden. Daarnaast heeft de wetgever met de invoering van art. 13, lid 3, onderdeel b Wet VPB 1969 (oud) onder ogen gezien dat dubbele niet-heffing als gevolg van hybride financieringen kon ontstaan. Ná 2007 is echter geen nieuwe antimisbruikbepaling in de deelnemingsvrijstelling opgenomen. Hieruit blijkt in mijn optiek duidelijk de bedoeling van de wetgever waardoor voor de rechter ook geen ruimte overblijft om buiten deze bedoeling om in te grijpen en de gevolgen van hybride financieringen te voorkomen.

Met de invoering van art. 13, lid 17 Wet VPB is een nieuwe antimisbruikbepaling in de deelnemingsvrijstelling opgenomen die ziet op het bestrijden van dubbele niet-heffing als gevolg van hybride financieringen. Deze bepaling is echter niet beperkt tot 10-1-d-leningen zoals art. 13, lid 3, onderdeel b Wet VPB 1969 (oud) dat wel was. Als gevolg van deze bepaling heeft de rechter de mogelijkheid gekregen om aan de hand van de grammaticale en/of de wetshistorische interpretatiemethode dubbele niet-heffing als gevolg van hybride financieringen te voorkomen. Mocht het zo zijn dat de grammaticale en de wetshistorische interpretatie tot een verschillende uitkomst leiden, dan is het aan de rechter om een afweging tussen beide methoden te maken. Hierbij kan aan de hand van de vereisten uit het ex-warrantarrest<sup>248</sup> zowel de grammaticale als de wetshistorische interpretatie prevaleren.

Kijkende naar de autonome rechtsvindingsmethode, de redelijke wetstoepassing, dan ben ik van mening dat dit instrument voor de rechter geen uitkomst biedt om gevolgen van hybride financieringen te voorkomen. Ten eerste geldt dat dit instrument alleen aan bod kan komen indien de rechter op basis van de heteronome rechtsvindingsmethoden geen dwingende rechtsnorm of wetsuitlegging kan vinden. Dit lijkt mij onwaarschijnlijk omdat een grammaticale en/of wetshistorische interpretatie van art. 13, lid 17

---

<sup>248</sup> HR 24 januari 1996, nr. 29 954, BNB 1996/138.

Wet VPB 1969 veelal tot een duidelijke wetsuitlegging zal leiden. Aan een redelijke wetstoepassing wordt dan niet meer toegekomen.

Mocht desondanks toch blijken dat heteronome rechtsvindingsmethoden niet leiden tot een dwingende rechtsnorm, dan meen ik dat de redelijke wetstoepassing alsnog geen instrument voor de rechter kan zijn om de gevolgen van hybride financieringen te voorkomen. Kijkende naar de arresten waar een redelijke wetstoepassing is gebruikt, zoals de besproken kostenarresten, dan valt op dat deze – voor zover mij bekend - betrekking hebben op binnenlandse situaties. Daarnaast was in deze arresten de samenhang tussen de belastingheffing van twee binnenlands belastingplichtigen relevant. Bij hybride financieringen gaat het echter veelal om situaties tussen Nederland en een ander land. Als de rechter gaat kijken naar de samenhang tussen de belastingheffing van deze belastingplichtigen dan kan de rechter dit alleen naar Nederlands recht beoordelen (indien de Zweedse grootmoeder in Nederland was gevestigd dan zou een zakelijke rentevergoeding belast zijn of indien de Australische dochter in Nederland was gevestigd dan zou de vergoeding op de ‘redeemable preference shares’ niet aftrekbaar zijn). Bekeken vanuit dit perspectief ontstaat ook een evenwichtige heffing en dus een redelijke wetstoepassing. De reden dat feitelijk geen evenwichtige heffing ontstaat is als gevolg van een dispariteit. Een redelijke wetstoepassing (bekeken vanuit de Nederlandse wetgever) op grond van het Nederlands recht lost dit probleem niet op.

Daarnaast dient goed onthouden te worden dat het verstrekken van een hybride financiering, bekeken vanuit de doelstellingen van beide belastingstelsels, ook in overeenstemming is met de wetstoepassing van beide landen. Met andere woorden, de belastingplichtige handelt in beide landen conform doel en strekking van de aldaar geldende wet. Dat het ene land een geldverstrekking als eigen vermogen kwalificeert, terwijl een ander land een andere kwalificatie volgt is niet te wijten aan de belastingplichtige. Het staat hem immers vrij om de vorm van zijn financiering te kiezen. Dat deze wijze van financiering vervolgens leidt tot een onevenwichtige heffing is nou eenmaal het gevolg van de dispariteit en niet het gevolg van een onredelijke wetstoepassing door de belastingplichtige. De rechter kan in mijn optiek dan ook niet stellen dat een redelijke wetstoepassing tot een rechtsgevolg leidt dat de dubbele niet-heffing als gevolg van de hybride financiering voorkomt.

## 5.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht of het voor de rechter mogelijk is om, gegeven de verschillende rechtsvindingsmethoden, in concrete situaties de gevolgen van hybride financieringen te voorkomen. Ondanks dat in de wet geen rangorde bestaat tussen de verschillende interpretatiemethoden, kan uit de literatuur en de jurisprudentie worden opgemaakt dat veel gewicht wordt toegekend aan de grammaticale interpretatiemethode. Bij deze methode kijkt de rechter naar de formulering van de wettekst om de bedoeling van de wetgever uit te leggen: de woorden van de wet vormen de rechtsnorm. Het kan echter



voorkomen dat een wettelijke bepaling onduidelijk is geformuleerd of dat de bepaling voor verschillende uitleg vatbaar blijkt te zijn. In dergelijke situaties kan de rechter aansluiting zoeken bij de totstandkomingsgeschiedenis van de wettelijke bepaling om daaruit de bedoeling van de wetgever af te leiden. Deze methode wordt omschreven als de wetshistorische interpretatiemethode. Tot slot kan de rechter ook nog gebruikmaken van de systematische interpretatie. Bij deze methode zoekt de rechter aansluiting bij het stelsel of het systeem van de wet en wordt waarde toegekend aan de plaats van het wetsartikel binnen dit stelsel. Uit de literatuur blijkt echter dat deze interpretatiemethode niet zelfstandig maar alleen ter ondersteuning van andere interpretatiemethoden wordt toegepast.<sup>249</sup>

Indien de rechter op basis van de bovenstaande, heteronome, rechtsvindingsmethoden geen dwingende rechtsnorm of wetsuitlegging kan vinden, kan hij bij wijze van laatste redmiddel gebruikmaken van een autonome rechtsvindingsmethode: de redelijke wetstoepassing. De rechter laat zich hierbij leiden door de gedachte dat de wetgever een redelijk resultaat van zijn wetgeving heeft gewild. Uit verschillende onderzoeken kan worden opgemaakt dat de rechter deze methode slechts zelden gebruikt. Een bekend voorbeeld van een serie arresten waarin de Hoge Raad dit instrument heeft gebruikt, zijn de kostenarresten. In deze arresten overwoog de Hoge Raad dat een redelijke wetstoepassing, welke recht doet aan de samenhang tussen de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting, het niet toelaat om een voordeel bij de bepaling van de winst buiten aanmerking te laten, indien bij degene die dit voordeel heeft verstrekt dit voordeel niet tot een belastbaar inkomen of bedrag kan worden gerekend. Zonder ingrijpen van de Hoge Raad zou een heffingslek ontstaan en uitgaande van de gedachte dat de wetgever een dergelijk resultaat niet zou hebben gewild, dichtte de Hoge Raad dit heffingslek. Een arrest dat hier veel overeenkomst mee vertoont is het zogenoemde ‘Zweedse grootmoederarrest’. Ondanks dat de casussen van beide arresten sterk op elkaar lijken, was de beslissing van de Hoge Raad in dit arrest compleet anders. In dit arrest stond de Hoge Raad namelijk wél een aftrek toe van de renteaftrek nadat deze gecorrigeerd was naar een niveau dat een onafhankelijke derde ook zou hebben betaald. Daarnaast overwoog de Hoge Raad dat de door de Zweedse grootmoeder niet-bedongen rente moest worden aangemerkt als een informele kapitaalstorting in de Nederlandse dochtervennootschap. Het feit dat de Nederlandse fiscus feitelijk niet kon heffen over dit voordeel en dat onduidelijk was of de Zweedse fiscus het voordeel zou belasten (waarschijnlijk niet), deed niets aan de uitkomst af. In HR BNB 2005/127<sup>250</sup> heeft de Hoge Raad dit standpunt bevestigd: voor renteaftrek in Nederland is het voldoende als naar Nederlands recht sprake is van een belastbaar voordeel voor de aandeelhouder. Ondanks dat compenserende heffing in het buitenland feitelijk niet optreedt, staan wij aftrek in Nederland dus toe. Tot slot is in dit hoofdstuk het RPS-arrest<sup>251</sup> besproken. Dit arrest betrof een typische hybride financieringsstructuur waarbij vanuit Nederland een bepaalde financiering (in casu: ‘redeemable

---

<sup>249</sup> Werd, M.M. de, in: *Cursus Belastingrecht: Formeel Belastingrecht*, par. 7.1.5.

<sup>250</sup> HR 17 december 2004, nr. 40 238, BNB 2005/107.

<sup>251</sup> HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, BNB 2014/79.

preference shares') werd verstrekt die na omzetting van de financiering voor Australische doeleinden als vreemd vermogen werd gekwalificeerd en voor Nederlandse doeleinden als eigen vermogen werd gekwalificeerd. De Hoge Raad oordeelde dat het feit dat de vergoeding op de financiering in Australië aftrekbaar is geen afbreuk doet aan de toepassing van de Nederlandse deelnemingsvrijstelling waardoor de vergoeding in Nederland dus onbelast kon worden genoten.

Bovenstaande arresten zijn besproken om een antwoord te formuleren op de vraag of de rechter in concrete situaties de mogelijkheid heeft om de gevolgen van hybride financieringen te voorkomen. Vóór de invoering van art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 ben ik van mening dat deze mogelijkheid er voor de rechter niet was. Zowel de grammaticale als de wetshistorische interpretatiemethoden boden geen handvatten voor de rechter omdat de wetgever met het afschaffen van art. 13, lid 3, onderdeel b Wet VPB 1969 (oud) bewust geen nieuwe antimisbruikbepaling in de deelnemingsvrijstelling heeft opgenomen. Hieruit blijkt in mijn optiek duidelijk de bedoeling van de wetgever waardoor voor de rechter geen ruimte overblijft om, buiten deze bedoeling om, in te grijpen en de gevolgen van hybride financieringen te voorkomen. Na de invoering van art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 heeft de rechter in mijn optiek wél de mogelijkheid om aan de hand van de grammaticale en/of de wetshistorische interpretatiemethode dubbele niet-heffing als gevolg van hybride financieringen te voorkomen. Deze mogelijkheid vloeit voort uit de wettelijke bepaling van art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 en de bedoeling van de wetgever zoals deze uit de parlementaire geschiedenis kan worden opgemaakt.

Kijkende naar de autonome rechtsvindingsmethode, de redelijke wetstoepassing, dan ben ik van mening dat dit instrument voor de rechter geen uitkomst biedt om gevolgen van hybride financieringen te voorkomen. Ten eerste geldt dat dit instrument alleen aan bod kan komen indien de rechter op basis van de heteronome rechtsvindingsmethoden geen dwingende rechtsnorm of wetsuitlegging kan vinden. Dit lijkt mij onwaarschijnlijk omdat een grammaticale en/of wetshistorische interpretatie van art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 veelal tot een duidelijke wetsuitlegging zal leiden. Mocht desondanks toch blijken dat heteronome rechtsvindingsmethoden niet leiden tot een dwingende rechtsnorm, dan meen ik dat de redelijke wetstoepassing alsnog geen instrument voor de rechter kan zijn om de gevolgen van hybride financieringen te voorkomen. De Hoge Raad neemt namelijk in de arresten waar hij een redelijke wetstoepassing heeft toegepast de samenhang tussen de heffing van beide belastingplichtigen in aanmerking, maar hij kan dit alleen doen bekeken vanuit Nederlands recht. Het probleem bij hybride financieringen is dat bekeken vanuit Nederlands recht een evenwichtige heffing (en tevens een redelijke wetstoepassing) bestaat, maar dat dit feitelijk niet plaatsvindt als gevolg van een dispariteit met een buitenlands belastingstelsel. Met andere woorden, de belastingplichtige handelt in overeenstemming met een redelijke wetstoepassing (en bekeken vanuit Nederlands recht leidt deze wetstoepassing ook tot een evenwichtige heffing), waardoor voor de rechter geen ruimte overblijft om in te grijpen. De onevenwichtige heffing is het gevolg van een dispariteit tussen twee belastingssystemen. Dit kan niet

eenzijdig door de rechter in Nederland worden opgelost, maar vereist een Europees of wereldwijd gecoördineerde aanpak. Hierdoor ben ik ook van mening dat de ATAD een belangrijke stap in de goede richting is om de gevolgen van hybride financieringen te bestrijden.

## 6. Conclusie

De afgelopen jaren is de maatschappelijke ontevredenheid over multinationale ondernemingen, die door middel van fiscale structuren hun belastingdruk kunnen verlagen, aanzienlijk toegenomen. Belangrijk doelwit zijn fiscale constructies waarbij gebruik wordt gemaakt van hybride ‘mismatches’. Om de gevolgen van dergelijke ‘mismatches’ tegen te gaan zag de (internationale) politiek zich genoodzaakt om maatregelen te treffen. In deze scriptie is onderzoek gedaan naar de maatregelen die de Nederlandse wetgever heeft ingevoerd ter bestrijding van een specifieke hybride ‘mismatch’, te weten hybride financieringen. Tevens is onderzocht of de rechter een rol kan spelen in deze aanpak door in concrete situaties de gevolgen van hybride financieringen te bestrijden. De hoofdvraag die hierbij centraal staat, luidt als volgt:

*“Is de aanpak van de Nederlandse wetgever met het oog op de bestrijding van hybride financieringen adequaat en is bij deze aanpak nog een rol voor de rechter weggelegd?”*

Aan de beantwoording van de bovenstaande hoofdvraag liggen enkele deelvragen ten grondslag. Deze deelvragen zijn in de verschillende hoofdstukken van de scriptie behandeld.

*Hoofdstuk 2: Hoe ontstaan hybride financieringen en wat zijn de gevolgen daarvan?*

Ter beoordeling of een bepaalde financiering civielrechtelijk als eigen vermogen of vreemd vermogen moet worden aangemerkt, kent het civiele recht voor beide vermogenssoorten enkele kenmerken. Een hybride financiering verschilt ten opzichte van een “reguliere” (niet-hybride) financiering vanwege het feit dat de financieringsvorm kenmerken van zowel eigen vermogen als vreemd vermogen heeft. Dit maakt het lastig de financiering (civielrechtelijk) te kwalificeren. De civielrechtelijke kwalificatie is echter van belang omdat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat, voor de *fiscale* kwalificatie van een vermogensverstrekking, de civielrechtelijke vorm van een vermogensverstrekking in beginsel leidend is. Op deze hoofdregel bestaan drie uitzonderingen, te weten de schijnlening, de bodemlozeputlening en de deelnemerschapslening. Dergelijke leningen worden voor Nederlandse fiscale doeleinden ge(her)kwalificeerd als eigen vermogen. Omdat ieder land in beginsel soeverein is in het inrichten van zijn eigen fiscale wet- en regelgeving, hoeft het natuurlijk niet zo te zijn dat de Nederlandse systematiek, waarmee vermogensverstrekkings worden gekwalificeerd gelijk is aan de systematiek van een ander land. Dit kan in grensoverschrijdende situaties tot gevolg hebben dat een bepaalde financiering door twee landen fiscaal verschillend wordt gekwalificeerd. In dergelijke situaties, waarbij sprake is van een kwalificatieverschil tussen twee landen, is sprake van een hybride financiering.

De fiscale kwalificatie van een vermogensverstrekking is relevant omdat eigen vermogen en vreemd vermogen fiscaal verschillend worden behandeld. Zo is bij de vermogensontvanger de vergoeding op vreemd vermogen (rente) in beginsel aftrekbaar van de fiscale winst, terwijl de vergoeding op eigen

vermogen (dividend) dat niet is. Hier staat tegenover dat rente bij de ontvanger belast is, terwijl dividend bij de ontvanger veelal onbelast zal zijn vanwege de toepassing van de deelnemingsvrijstelling of een vergelijkbaar regime in een ander land. Het voorgaande heeft tot gevolg dat in situaties waarbij sprake is van een hybride financiering dubbele non-belasting of dubbele belasting kan ontstaan. In de praktijk zal dubbele belasting echter weinig voorkomen omdat (multinationale) ondernemingen zich vaak vooraf laten adviseren en de fiscaal adviseurs van de ondernemingen hen daar doorgaans voor zullen behoeden.

Naast de fiscale gevolgen van het verstrekken van hybride financieringen zijn er ook maatschappelijke gevolgen. Zo ontstaat door het gebruik van hybride financieringen oneerlijke concurrentie tussen nationaal en internationaal opererende ondernemingen omdat het belastingvoordeel dat ontstaat als gevolg van het verstrekken van een hybride financiering alleen door internationale concerns kan worden benut. Daarnaast verstoren hybride financieringen de economische efficiëntie in de maatschappij omdat investeringsbeslissingen worden beïnvloed en risico-preferent gedrag wordt gestimuleerd. Tot slot heeft het gebruik van hybride financieringen een negatief effect op de gepercipieerde eerlijkheid en transparantie van het belastingstelsel.

*Hoofdstuk 3: Welke maatregelen ter bestrijding van hybride financieringen heeft Nederland getroffen en welke gevolgen heeft de ATAD voor deze maatregelen?*

De eerste maatregel die besproken is, is art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969. Op grond van deze bepaling zijn vergoedingen op leningen die feitelijk functioneren als eigen vermogen niet aftrekbaar. Deze bepaling is ingevoerd omdat werd gevreesd voor grondslaguitholling als gevolg van leningen die vanwege hun lange looptijd sterk het karakter van eigen vermogen hadden, maar waarvan renteaftrek op grond van de jurisprudentie (inzake de deelnemerschapslening) behouden bleef. Tot 2007 kende de bepaling een zelfstandige definitie om te beoordelen of een lening feitelijk functioneert als eigen vermogen. Vanwege onduidelijkheid over het onderscheid tussen deze definitie en de ontwikkelde criteria inzake de deelnemerschapslening werd de zelfstandige definitie echter geschrapt en werd voor de beoordeling wanneer een lening feitelijk functioneert als eigen vermogen teruggevallen op de jurisprudentie. Hierdoor is het huidige art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969 in feite een codificatie van deze jurisprudentie. Desondanks is in de literatuur betoogd dat de bepaling daarmee nog niet overbodig is geworden. Met het oog op rechtszekerheid en als taalkundig hulpmiddel voor andere bepalingen in de Wet VPB 1969 zien verschillende auteurs nog het nut van deze bepaling.

Voorts is art. 13, lid 3 Wet VPB 1969<sup>252</sup> (oud) behandeld. Op grond van deze bepaling is de deelnemingsvrijstelling van toepassing op de voordelen uit een 10-1-d-lening (sinds 2007 dus synoniem voor een deelnemerschapslening) indien de verstrekker een deelneming in de ontvanger heeft. Indien de ontvanger echter buiten Nederland was gevestigd, kende deze bepaling nog een extra vereiste.

---

<sup>252</sup> Het huidige art. 13, lid 4 Wet VPB 1969.

Belastingplichtigen dienden - kort gezegd - aannemelijk te maken dat de vergoeding in het buitenland niet aftrekbaar was omdat de 10-1-d-lening in het buitenland ook als eigen vermogen werd behandeld. Indien en voor zover de rente in het buitenland aftrekbaar was, werd toepassing van de deelnemingsvrijstelling geweigerd. Volgens de Staatssecretaris konden belastingplichtigen dit aannemelijk maken door middel van de administratie en de belastingaangiften van de buitenlandse schuldenaar. Tevens werd opgemerkt dat dit vanwege de gelieerde verhoudingen “*geen probleem behoefde te zijn*”.<sup>253</sup>

Het extra vereiste voor grensoverschrijdende 10-1-d-leningen is vanaf 2007 komen te vervallen. De Staatssecretaris was van mening dat grondslaguitholling, als gevolg van het grensoverschrijdend verstrekken van een 10-1-d-lening, niet in Nederland optreedt. Daarnaast meende hij dat Nederland tot een consistente fiscale behandeling van vergoedingen op een 10-1-d-lening moest komen door de kwalificatie, volgens Nederlandse normen, als uitgangspunt te nemen. Door het schrappen van het extra vereiste is de fiscale behandeling van de vergoeding op een 10-1-d-lening niet langer afhankelijk van de buitenlandse kwalificatie/behandeling.

Daarnaast is in dit hoofdstuk het per 1 januari 2016 ingevoerde art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 besproken. Deze maatregel vloeit voort uit een wijzigingsrichtlijn van de MDR die tot doel heeft situaties van dubbele niet-heffing, als gevolg van kwalificatieverschillen, tussen lidstaten te bestrijden. Ondanks dat Nederland enkel verplicht was de wijzigingsrichtlijn voor EU-situaties te implementeren, heeft de wetgever - net als de meeste andere Europese landen - voor een mondiale reikwijdte gekozen. Op grond van art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 wordt de deelnemingsvrijstelling buiten toepassing gelaten op betalingen of vergoedingen uit hoofde van een deelneming die door de deelneming in aftrek kunnen worden gebracht. Volgens de memorie van toelichting kan een vergoeding in aftrek worden gebracht indien deze “*naar haar aard*” aftrekbaar is. De werking van een algemene of specifieke renteaftrekbeperking in het land waar de deelneming is gevestigd doet daar niet aan af. Ik ben van mening dat deze benadering niet juist is. In situaties waarbij een vergoeding feitelijk niet aftrekbaar is vanwege de toepassing van een (rente)aftrekbeperking, ontstaat geen dubbele niet-heffing als in een ander land die vergoeding wordt vrijgesteld. Mijns inziens verplicht de wijzigingsrichtlijn dan ook niet om in dergelijke situaties de deelnemingsvrijstelling buiten toepassing te laten. Door de deelnemingsvrijstelling niet toe te passen ontstaat zelfs economisch dubbele belasting. Dit is in strijd met de ratio van de MDR én de deelnemingsvrijstelling. Ondanks de felle kritiek van verschillende fracties uit de Tweede Kamer, heeft de Staatssecretaris aangegeven niet aan te willen sluiten bij de daadwerkelijke aftrek omdat dit “*te ingewikkeld*” zou zijn.<sup>254</sup> Dit acht ik niet overtuigend omdat een dergelijke systematiek tussen 2002-2007 ook gold voor belastingplichtigen met een

---

<sup>253</sup> Kamerstukken II 2001-2002, 28 034, nr. 5, p. 27.

<sup>254</sup> Kamerstukken II 2015-2016, 34 306, nr. 6, p. 4.

grensoverschrijdende 10-1-d-lening (zie art. 13, lid 3, onderdeel b Wet VPB 1969 oud). Bovendien werd destijds opgemerkt dat dit “*geen probleem behoefde te zijn*” vanwege de gelieerde verhoudingen. Gelet op de technologische ontwikkelingen de afgelopen vijftien jaar en de verbeterde informatie-uitwisseling tussen landen vraag ik mij af waarom dit uitgangspunt nu niet meer zou gelden.

Voorts heeft de Staatsecretaris aangegeven dat de maatregel enkel ziet op situaties waarbij de ‘mismatch’ het gevolg is van een kwalificatieverschil van het (financieel) instrument. Blijkens uitspraken in de parlementaire geschiedenis valt het Braziliaanse ACE-regime hier ook onder. Ik betwijfel of dit standpunt juist is omdat de toepassing van een ACE-regime in mijn optiek niet leidt tot een kwalificatieverschil van het financieel instrument, maar tot een fiscaal *behandelings*verschil van de betaling. Daarnaast is opgemerkt dat de bepaling niet ziet op ‘mismatches’ als gevolg van de onzakelijke lening of een verschil in verrekenprijsbenadering. Dit betekent dat dubbele non-belasting als gevolg van het verstrekken van een onzakelijke lening of verschillen in verrekenprijsmethoden tussen landen nog steeds mogelijk blijft.

Tot slot is onderzocht welke impact de ATAD heeft op de Nederlandse maatregelen ter bestrijding van hybride financieringen. Betreffende het toepassingsbereik van de ATAD kan geconcludeerd worden dat art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 vóór 1 januari 2020 aanzienlijk moet worden aangepast. Momenteel is de bepaling namelijk alleen van toepassing in deelnemingssituaties, terwijl deze op grond van de ATAD 2 van toepassing moet zijn op alle situaties waarbij een “*aanzienlijk risico op belastingontwijking*” bestaat. Kijkende naar de voorkomingsmethodiek voorziet de ATAD 2 primair in een aftrekbeperking in de betaalstaat (de ‘primary rule’) en secundair in het niet toestaan van een vrijstelling in de ontvangstaat (de ‘defensive rule’). Nederland sluit met art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 echter primair aan bij de ‘defensive rule’. Dit lijkt aangepast te moeten worden. In de preambule van de ATAD 2 wordt wel opgemerkt dat, indien een ‘mismatch’ reeds wordt geneutraliseerd op grond van de MDR (of een andere richtlijn), de voorkomingsregels van de ATAD 2 niet meer van toepassing zijn. Dit betekent dat de voorkomingsmethodiek van art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 in lijn is met de ATAD 2. Enkel voor situaties waarbij vanuit Nederland een betaling aan een niet-EU-land wordt gedaan en deze betaling daar als gevolg van een ‘mismatch’ niet (tijdig) wordt belast, dient Nederland een aanpassing in de wet te maken. Art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969 is hiervoor niet toereikend omdat deze alleen voorziet in een aftrekbeperking voor leningen die feitelijk functioneren als eigen vermogen.

#### *Hoofdstuk 4: Zijn de Nederlandse maatregelen ter bestrijding van hybride financieringen adequaat?*

Ter beoordeling of de Nederlandse aanpak ter bestrijding van hybride financieringen adequaat is, zijn de verschillende maatregelen getoetst aan de hand van de vijf criteria opgenomen in het toetsingskader, te weten: doeltreffendheid, doelmatigheid, uitvoerbaarheid, vestigingsklimaat en publieke opinie. Ten eerste is art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969 beoordeeld. Geconcludeerd kan worden dat de

bepaling niet doeltreffend is omdat deze in feite niets meer is dan een codificatie van de jurisprudentie inzake de deelnemerschapslening. De jurisprudentie is een opzichzelfstaande rechtsbron waardoor een wettelijke bepaling niet bijdraagt aan de bestrijding van dergelijke leningen. Hierdoor heeft de bepaling mijns inziens ook geen effect op het fiscale vestigingsklimaat van Nederland. Tevens ben ik van mening dat de maatregel niet doelmatig is omdat deze niet doeltreffend is en bovendien tot 2007 hoge maatschappelijke kosten had vanwege de slechte uitvoerbaarheid als gevolg van de onduidelijkheid omtrent de bepaling. Tot slot heeft het oorspronkelijke wetsvoorstel van deze bepaling op veel maatschappelijke kritiek gestuit. Nadat uiteindelijk een gewijzigde bepaling is geïntroduceerd, heeft de maatregel niet meer in de publieke belangstelling gestaan.

Daarnaast is art. 13, lid 3, onderdeel b Wet VPB 1969 (oud) beoordeeld. Mijns inziens was de bepaling doeltreffend in het bestrijden van de mogelijke dubbele non-belasting als gevolg van het verstrekken van een 10-1-d-lening in grensoverschrijdende situaties. De bepaling kende aanvankelijk wel een zekere ‘overkill’; hier is vanaf 2003 door introductie van de “voor zover”-benadering een tegemoetkoming voor gekomen. Voorts was de bepaling in mijn optiek goed uitvoerbaar waardoor de uitvoeringskosten voor belastingplichtigen en de Belastingdienst beperkt waren. Een groot nadeel van art. 13, lid 3, onderdeel b Wet VPB 1969 (oud) was dat Nederland de bepaling eenzijdig heeft ingevoerd. Hierdoor heeft de bepaling een negatief effect gehad op het fiscale vestigingsklimaat van Nederland. Voorts is onderzocht of de bepaling publieke belangstelling heeft gekregen. Hier zijn geen aanwijzingen voor gevonden.

Ten slotte is de meest recente maatregel, art. 13, lid 17 Wet VPB 1969, onderzocht. Ik ben van mening dat de bepaling doeltreffend is in het bestrijden van de gevolgen van hybride financieringen. Daarenboven meen ik dat de maatregel goed uitvoerbaar is omdat de bepaling niet complex is en de uitvoeringskosten voor belastingplichtigen en de Belastingdienst naar verwachting gering zijn. Gegeven de doeltreffendheid en de goede uitvoerbaarheid van de bepaling meen ik dat deze ook doelmatig is. De doelmatigheid wordt echter negatief beïnvloed door de ‘overkill’ met betrekking tot de aftrekbaarheid van de vergoeding. De bepaling zou, gegeven de doelstelling uit de preambule van de wijzingsrichtlijn, alleen van toepassing moeten zijn in situaties dat dubbele non-belasting daadwerkelijk optreedt. Voorts ben ik tot de conclusie gekomen dat de bepaling, ten opzichte van andere Europese landen, weinig invloed op het fiscale vestigingsklimaat van Nederland heeft gehad. Veel Europese landen hebben namelijk net als Nederland voor een mondiale reikwijdte gekozen of moeten hier op grond van de ATAD 2 op korte termijn naar overstappen. Het fiscale vestigingsklimaat van Europa als geheel wordt wél negatief beïnvloed omdat landen buiten de EU de maatregel niet hebben geïmplementeerd. Tot slot is geconcludeerd dat de maatregel enige aandacht in de publiciteit heeft gekregen.



De beoordeling van de verschillende bepalingen is in de onderstaande tabel samengevat.

	Doeltreffend- heid	Doelmatigheid <sup>255</sup>	Uitvoerbaarheid	Vestigings- klimaat	Publieke opinie	Totaal <sup>256</sup>
Art. 10-1-d	--	-	+	0	0	-/0
Art. 13-3-b (oud)	+	-	+	--	0	0
Art. 13-17	++	0	+	-	+	0/+

Gelet op de bovenstaande bevindingen concludeer ik dat de Nederlandse aanpak enigszins adequaat is. Met de invoering van art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 heeft Nederland een doeltreffende maatregel getroffen ter bestrijding van de gevolgen van hybride financieringen. Daarenboven is de bepaling, in tegenstelling tot art. 13, lid 3, onderdeel b Wet VPB 1969 (oud), niet beperkt tot 10-1-d-leningen. Dit zorgt voor een effectieve aanpak van verschillende hybride financieringsvormen. De bepaling kent op sommige punten echter wel een zekere ‘overkill’ waarvan ik meen dat dit snel opgelost dient te worden. De maatregelen ter bestrijding van hybride financieringen mogen in mijn optiek namelijk niet leiden tot situaties waarin economisch dubbele belasting kan ontstaan. Voor wat betreft de Europese ontwikkelingen omtrent de ATAD kan opgemerkt worden dat Nederland nog veel werk heeft aan het implementeren van de ‘primary rule’ en het codificeren van het toepassingsbereik van de ATAD 2.

*Hoofdstuk 5: Heeft de rechter de mogelijkheid om in concrete situaties de gevolgen van hybride financieringen te voorkomen?*

Ter beantwoording van het tweede gedeelte van de probleemstelling is in dit hoofdstuk onderzocht of het voor de rechter mogelijk is om in concrete situaties de gevolgen van hybride financieringen te voorkomen. De rechter heeft hiervoor de beschikking over verschillende rechtsvindingsmethoden. Uit jurisprudentie en literatuur kan worden opgemaakt dat veel waarde wordt toegekend aan de grammaticale en de wethistorische rechtsvindingsmethode. Beide rechtsvindingsmethoden zijn heteronome rechtsvindingsmethoden. Dit houdt in dat de rechtsnorm die door de rechter wordt gevormd, gebaseerd is op factoren buiten de persoonlijke opvatting van de rechter om. Indien het echter niet mogelijk blijkt te zijn om een rechtsnorm te baseren op een van de heteronome rechtsvindingsmethoden, kan de rechter als laatste redmiddel gebruik maken van een autonome rechtsvindingsmethode: de redelijke wetstoepassing. De rechter laat zich hierbij leiden door de gedachte dat de wetgever een redelijk resultaat van zijn wetgeving heeft gewild. Uit onderzoek blijkt dat deze interpretatiemethode slechts zelden door de rechter wordt toegepast.

<sup>255</sup> Bij dit criterium is tevens rekening gehouden met het feit dat een bepaling idealiter symmetrisch moet werken en zodoende niet tot ‘overkill’ moet leiden. Kent een bepaling een zekere ‘overkill’ dan leidt dat tot een stijging van de maatschappelijke kosten, wat vervolgens een negatief effect heeft op de doelmatigheid.

<sup>256</sup> De totaalscore wordt gevormd door het gemiddelde van de verschillende criteria. Hierbij wordt aan elk criterium hetzelfde gewicht toegekend.

Gegeven de voorgaande rechtsvindingsmethoden is geconcludeerd dat vóór de invoering van art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 geen mogelijkheid bestond om op basis van heteronome rechtsvindingsmethoden de gevolgen van hybride financieringen (anders dan 10-1-d-leningen) te voorkomen. De uitkomst van het arrest HR BNB 2014/79<sup>257</sup> (RPS-arrest) bevestigt deze conclusie. Na de invoering van art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 kan de rechter in mijn optiek wél op basis van heteronome rechtsvindingsmethoden de gevolgen van hybride financieringen voorkomen. Deze mogelijkheid gaat echter niet verder dan hetgeen in de wettelijke bepaling is opgenomen of in de parlementaire geschiedenis wordt opgemerkt. Tot slot is onderzocht of de rechter op grond van een redelijke wetstoepassing de gevolgen van hybride financieringen kan voorkomen. Ik ben van mening dat dit niet mogelijk is. Ten eerste kan de autonome rechtsvinding enkel aan bod komen indien de rechter op basis van de heteronome rechtsvindingsmethoden geen dwingende rechtsnorm of wetsuitlegging kan vinden. Aangezien de rechter op basis van (de parlementaire geschiedenis van) art. 13, lid 17 Wet VPB 1969 veelal tot een duidelijke rechtsnorm zal komen, lijkt mij dit onwaarschijnlijk. Mocht desondanks toch sprake zijn van een rechtstekort dan meen ik dat de autonome interpretatiemethode in situaties met hybride financieringen alsnog geen instrument kan zijn. De rechter neemt bij een redelijke wetstoepassing namelijk de samenhang tussen de belastingheffing van twee belastingplichtigen in ogenschouw, maar hij kan dit enkel doen vanuit een Nederlandsrechtelijk perspectief. Het probleem bij hybride financieringen is echter dat deze financieringen, bekeken vanuit het fiscale stelsel van Nederland, ook tot een evenwichtige heffing en dus een redelijke wetstoepassing leiden. Het feit dat dit de facto niet gebeurt is het gevolg van een dispariteit tussen twee landen. Dit kan niet eenzijdig door de Nederlandse rechter met een beroep op een redelijke wetstoepassing worden opgelost, maar vereist een multilaterale aanpak.

---

<sup>257</sup> HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, BNB 2014/79.

## Bijlagen

### A - Wettekst art. 10, lid 2 t/m 4 Wet VPB 1969 (oud)

Wettekst per 1 januari 2005:

*“2. De in het eerste lid, onderdeel d, bedoelde omstandigheden zijn:*

*a. de hoogte van de vergoeding op de geldlening is volledig afhankelijk gesteld van de winst of van de uitdeling van winst van de belastingplichtige of van een met de belastingplichtige verbonden lichaam als bedoeld in artikel 10a, vierde lid. De lening heeft geen vaste aflossingsdatum of een aflossingsdatum die meer dan 10 jaar is gelegen na het tijdstip van het aangaan van de lening;*

*b. de hoogte van de vergoeding op de lening is gedeeltelijk afhankelijk gesteld van de winst of van de uitdeling van winst van de belastingplichtige of van een met de belastingplichtige verbonden lichaam als bedoeld in artikel 10a, vierde lid. Het niet van de winst afhankelijk gedeelte van de vergoeding bedraagt op het moment dat de vergoeding wordt overeengekomen minder dan de helft van de marktrente die geldt voor leningen met eenzelfde looptijd maar waarvan de vergoeding niet winstafhankelijk is. De lening heeft geen vaste aflossingsdatum of een aflossingsdatum die meer dan 10 jaar is gelegen na het tijdstip van het aangaan van de lening;*

*c. de hoogte van de vergoeding is niet afhankelijk gesteld van de winst of van de uitdeling van winst van de belastingplichtige of van een met de belastingplichtige verbonden lichaam als bedoeld in artikel 10a, vierde lid, maar de verschuldigdheid van de vergoeding is daarvan wel afhankelijk gesteld. De lening is achtergesteld en heeft geen vaste aflossingsdatum of een aflossingsdatum die meer dan 50 jaar is gelegen na het tijdstip van het aangaan van de geldlening.*

*3. Op het moment dat er een wijziging wordt overeengekomen in de vergoeding van een geldlening, wordt beoordeeld of gedurende de resterende looptijd het eerste lid, onderdeel d, op de geldlening van toepassing is. Bij een verschuiving van de aflossingsdatum naar een later tijdstip wordt voor de toepassing van het eerste lid, onderdeel d, de geldlening geacht vanaf het tijdstip van totstandkoming van de geldlening die nieuwe aflossingsdatum te hebben gehad.*

*4. Ingeval een geldlening is verkregen van een lichaam waarmee de schuldenaar is gelieerd in de zin van artikel 8b, wordt voor de toepassing van het tweede lid geacht sprake te zijn van een van de winstafhankelijke vergoeding, indien rechtens dan wel in feite:*

*a. geen vergoeding op de geldlening is overeengekomen, of*

*b. een vergoeding is overeengekomen die in belangrijke mate afwijkt van de vergoeding die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zou zijn overeengekomen.”*

## B - Wettekst art. 13, lid 3 Wet VPB 1969 (oud)

Wettekst per 1 januari 2006:

*“Onder een deelneming wordt begrepen:*

- a. Een daarmee verband houdende bezit aan winstbewijzen;*
- b. Een schuldvordering die bij de schuldenaar in de zin van artikel 10, eerste lid, onderdeel d, maar met uitzondering van de situaties die rechtens dan wel in feite overeenkomen met de situaties, bedoeld in het vierde lid, onderdelen a en b, van dat artikel, feitelijk functioneert als eigen vermogen, indien de belastingplichtige een deelneming heeft in de schuldenaar.*

*De eerste volzin, aanhef en onderdeel b, is met betrekking tot een schuldvordering op een niet in Nederland gevestigd lichaam, slechts van toepassing voor zover de belastingplichtige aannemelijk maakt dat in het andere land bij de schuldenaar de vergoeding op die schuldvordering bij de belastingheffing over de winst buiten aanmerking blijft, omdat aldaar de schuld bij de schuldenaar wordt behandeld als eigen vermogen*

*Met en deelneming wordt gelijkgesteld een aandelenbezit of een bezit aan bewijzen van deelgerechtigdheid, dat geen deelneming vertegenwoordigt omdat dat bezit minder bedraagt dan de in het tweede lid bedoelde vijf percent, indien hetzij het aanhouden van dat bezit in de lijn ligt van de normale uitoefening van de door de belastingplichtige gedreven onderneming, hetzij met het verwerven daarvan het algemene belang gediend is geweest.”*

## Literatuurlijst

### Artikelen

Aardema, E., Enkele kanttekeningen bij de kostenarresten van 8 juli 1986, FED 1987/45.

Alt, J., Preston, I., en Sibieta, L., The political economy of tax policy: final draft for Mirrlees Review, Institute for Fiscal Studies, 2008.

Auerbach, A. e.a., Taxing Corporate Income, Oxford University Centre for Business Taxation, Working Paper 07/05, 2007.

Bakker, M.J.B. en Bruin, P.J.M., Hybride leningen: geen aftrek, wel belast, TFO 2002/1.

Bianchi, J., Overborrowing and Systematic Externalities in the Business Cycle, American Economic Review 101/7, 2011.

Bobeldijk, A.C.P., en Hofman, A.W., Over hybride vorderingen en de samenloop met de deelnemingsvrijstelling – ook na de derde Veegwet is de wetgever nog niet uitgeveegd, MBB 2002/309.

Van den Bos, A.J., Hybride mismatch, wat is er tegen?, NTFR 2017/706.

Bouwman, J.N., Bijna honderd jaar eigen en vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting, NTFR 2015/1733.

Bruijsten, C., Hoe fiscalisten geconfronteerd worden met onzekerheid, NTFR 2017/8.

De Mooij, R.A., en Devereux, M.P., Alternative Systems of Business Tax in Europe: An applied analysis of ACE and CBIT reforms, Taxation Studies 0028, Directorate General Taxation and Customs Union, European Commission, 2009.

De Mooij, R., Tax Biases to Debt Finance: Assessing the Problem, Finding Solutions, Fiscal Studies 33/4, 2012.

Den Boer, J., Redelijke wetstoepassing in de belastingrechtspraak van de Hoge Raad, WPNR 1991/5989.

Van Eijk, G.I., Besluit hybride geldverstrekkingen in de vennootschapsbelasting en dividendbelasting, NTFR 2017/2510.

Van Eijdsen, J.A.R., Enkele gevolgen van het gelijkschakelen van een hybride schuldvordering met een deelneming, WFR 2002/1704.

Fatica, S. e.a., The Debt-Equity Tax Bias: consequences and solutions, Taxation papers nr. 33, European Commission, 2012.

Fibbe, G.K., Hybride mismatches onder de ATAD; symptoombestrijding is geen oplossing, WFR 2016/186.

Fibbe G.K., Recente ontwikkelingen omtrent fiscaal hybride entiteiten binnen de OESO en de EU, Ondernemingsrecht 2014/105.

Van der Geld, J.A.G., Enkele fiscaal-technische opmerkingen bij het rapport Verbreding en verlichting van de studiegroep-VIP, WFR 2000/1844.

Hofman, A.W., Hybride leningen in de voorgesteld Wet VPB 2007, MBB 2006/10.

Kavelaars, P., Internationale fiscale transitie, TFO 2017/150.5.

Van der Linden, M.H.G.M., en Hu, H.L., De deelnemerschapslening heeft de broedermoord van art. 10-1-d Wet VPB 1969 overleefd, WFR 2004/1156.

Lohuis, H., en Reijnen, J.J.H., Van richtlijn naar wettekst: vraagpunt over de implementatie van de ATAD op het punt van hybride mismatches, FED 2016/112.

Marres, O.C.R., De anti-ontgaansrichtlijn, NTFR-B 2017/18.

Nielke, S.F.M. e.a., Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en andere daarmee verband houdende wijzigingen en onderwerpen, FED 2002/117.

Nouwen, M.F., De Europese Gedragscodegroep wordt steeds belangrijker in de strijd tegen belastingontwijking, WFR 2016/221.

Ruijschop, M.H.C., Hoe heurt het eigenlijk?, NTFR-B 2016/22.

Sahin, L.G.C., 'De nieuwe antimismatchbepaling in de deelnemingsvrijstelling', MBB 2016, nr. 2.

Snel, F.P.J., De Europese anti-belastingontwijkingsrichtlijn en deelnemingsvrijstelling, NTFR 2016/1895.

Stevens, A.J.A. en Fibbe, G.K., Hybride hersenspinsels over BEPS en ATAD 2 (deel I: hybride financieringen), NTFR 2017/40.

Vakstudie-Nieuws, Antibelastingontwijkingsrichtlijn 2, V-N 2017/36.3.

Vermeend, W., Instrumentalisering van het belastingrecht, WFR 1996/209.

Vleggeert, J., Maatregelen tegen dubbele niet-belasting door mismatches, WFR 2013/1426.

De Vries, R.J., Het adagium “vroeger was het (allemaal) beter”, WFR 2015/1376.

De Wilde, M.F., Commissievoorstellen Anti-ontgaanspakket; tussenstop of eindhalte?, FED 2016/38.

## **Boeken**

Aardema, E., Taak en positie van de belastingrechter, in: *Geppaartbundel*, Deventer: Kluwer 1996.

Bouwman, J.N., in: *Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag: SDU 2002.

Brandsma, R.P.C.W.M., in: *Hybride leningen (FM 106)*, Deventer: Kluwer 2006.

Fibbe, G.K., OESO en Europese Commissie op oorlogspad tegen hybride structuren, in: *'k Moet eerlijk zeggen. Vriendenbundel aangeboden aan Henk van Arendonk ter gelegenheid van zijn afscheid van de Erasmus Universiteit Rotterdam op 24 mei 2013*, Den Haag: SDU 2013.

Van der Geld, J.A.G., Ethiek en multinationale ondernemingen, in: *Principieel belastingrecht. Opstellen aangeboden aan Richard Happé ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit van Tilburg op 20 mei 2011*, Nijmegen: WLP 2011.

Van der Geld, J.A.G., en Hofman, A.W., in: *De deelnemingsvrijstelling en de deelnemingsverrekening (FM nr. 149)*, Deventer: Kluwer 2017.

Geppaart, P.A., in: *Fiscale Rechtsvinding*, Amsterdam: FED 1965.

Graaf, A.C.G.A.C. de, Internationale oplossingen voor hybrid mismatch arrangements in: *'k Moet eerlijk zeggen. Vriendenbundel aangeboden aan Henk van Arendonk ter gelegenheid van zijn afscheid van de Erasmus Universiteit Rotterdam op 24 mei 2013*, Den Haag: SDU 2013.

Kavelaars, P., Uitdagingen rondom mismatches, in: *Strik(t) Fiscaal? (Strikbundel)*, Deventer: Kluwer 2014.

Langereis, C.J., De rechtsbescherming door de Belastingkamer van de Hoge Raad, in: *Gedreven, eigenzinnig, creatief en honkvast (Schonisbundel)*, Deventer: Kluwer 2006.

Niessen, R.E.C.M., in: *Rechtsvinding in belastingzaken*, Den Haag: SDU 2009.

Smit, D.S., De onzakelijk lening ‘omlaag’ en de Moeder-dochterrichtlijn in: *Strik(t) Fiscaal? (Strikbundel)*, Deventer: Kluwer 2014.

Strien, J. van, in: *Aspecten van rente-aftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting (NOB/LOF Serie)*, Deventer: Kluwer 2002.

Strien, J. van, in: *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting (FM 119)*, Deventer: Kluwer 2007.

Tigelaar, Y.M., in: *Bedrijfsopvolging bij natuurlijk personen (FM 141)*, Deventer: Kluwer 2013.

*Vakstudie Vennootschapsbelasting bij: Wet op de vennootschapsbelasting 1969.*

Vermeulen, H., in: *Cursus Belastingrecht: Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2017.

Verseput, J.G., in: *De totale winst in de vennootschapsbelasting (Fed Fiscale Brochures)*, Deventer: Kluwer 2013.

Vleggeert, J., in: *Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht (FM 132)*, Deventer: Kluwer 2009.

Werd, M.M. de, in: *Cursus Belastingrecht: Formeel Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2017.

## **Jurisprudentie**

### *Rechtbanken*

Rechtbank Gelderland 20 december 2016, nr. AWB 15/2268, NTFR 2017/402.

### *Hoven*

Hof 's-Hertogenbosch 20 oktober 2016, nr. 15 00032, NTFR 2016/2987.

### *Hoge Raad*

HR 18 oktober 1950, B 8843.

HR 24 november 1976, nr. 17.998.

HR 8 juli 1986, BNB 1986/293-297.

HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217.



HR 24 januari 1996, nr. 29 954, BNB 1996/138.

HR 1 oktober 1997, nr. 32 209, BNB 1998/7.

HR 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208.

HR 11 april 2001, nr. 35 729, BNB 2001/257.

HR 29 november 2002, nr. C01/011HR, LJN AE7005.

HR 17 december 2004, nr. 40 238, BNB 2005/107.

HR 25 november 2005, nr. 40 989, BNB 2006/82.

HR 2 juni 2006, nr. 40 919, BNB 2006/288.

HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104.

HR 30 januari 2009, nr. 07/13128, BNB 2009/95.

HR 13 november 2009, nr. 08/01904, BNB 2010/24

HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.

HR 30 november 2012, nr. 11/04332, RvdW 2012/1529.

HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, BNB 2014/79.

HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, BNB 2014/80.

HR 21 april 2017, nr. 16/03669, BNB 2017/156.

#### *Conclusies Advocaat-Generaal*

Conclusie A-G Overgaauw 17 december 2014, nr. 39.080.

Conclusie A-G Wattel 9 januari 2013, nr. 12/03540.

#### **Parlementaire stukken**

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 29 augustus 2017, nr. 2017-38941.

Brief van de vaste commissie van Financiën van 19 april 2017, nr. 160541.02U.

Brief Staatssecretaris van Financiën van 11 juli 2002, nr. WDB 2001-665.

Brief Staatssecretaris van Financiën van 20 september 2016, nr. 2016-0000148647.

Brief Staatssecretaris van Financiën van 27 mei 2016, nr. AFP/2016/312M.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 5 oktober 2015, nr. IZV/2015/657M.

*Handelingen I* 2015-2016, 34 306, nr. 14.

*Handelingen II* 2007-2008, nr. 57.

*Kamerstukken I* 2001-2002, 28 034, nr. 123b.

*Kamerstukken I* 2015-2016, 34 302, nr. E.

*Kamerstukken I* 2015-2016, 34 302, nr. G.

*Kamerstukken II* 1990-1991, 22 008, nr. 1-2.

*Kamerstukken II* 2000-2001, 27 466, nr. 3-4.

*Kamerstukken II* 2001-2002, 28 034, nr. A.

*Kamerstukken II* 2001 2002, 28 487, nr. 3.

*Kamerstukken II* 2005-2006, 30 572, nr. 10.

*Kamerstukken II* 2008-2009, 31 058, nr. 6.

*Kamerstukken II* 2015-2016, 34 306, nr. 3.

*Kamerstukken II* 2015-2016, 34 306, nr. 6.

*Kamerstukken II* 2015-2016, 34 306, nr. 9.

*Kamerstukken II* 2016-2017, 34 566, nr. 4.

Regeerakkoord 2017-2021: 'Vertrouwen in de toekomst', Den Haag: 2017.

Wet houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk van 15 mei 1829, *Stb.* 1829, 28.

Wet Implementatie Moeder-dochterrichtlijn 2015, *Stb.* 2015, 543.

Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht van 18 juni 2012, *Stb.* 2012, 299.

## **Publicaties Europese Commissie en OESO**

OESO, 'Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue', mei 1998

OESO, 'Application of the Model Tax Convention to Partnerships', *Issues in International Taxation*, nr. 6.

OESO, 'Hybrid mismatch arrangements: Tax Policy and compliance issues', maart 2012.

OESO, 'BEPS Action 2: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements' Final report 2015, Parijs: OESO.

OESO, 'The Debt-Equity Tax Bias: Consequences and Solutions', Juli 2012.

Mededeling van de commissie aan het Europees Parlement en de Raad, Brussel, 28 januari 2016 COM (2016) 23 final, p. 3.

Verslag van de Raad voor Economische en Financiële Zaken van 25 mei 2016, Brussel (21 501-07, nr. 1371).

Richtlijn 2014/86/EU.

Richtlijn 2016/1164/EU.

Richtlijn 2017/952.

## **Overig**

Commentaar van de NOB van 2 oktober 2015 op het pakket Belastingplan 2016 (34 302).

Groot, G. de, 'Onder druk gezet Apple vindt nieuwe belastingroutes', *Het Financieele Dagblad* 6 november 2017.

Kleinnijenhuis, J., en Kuijpers, K., 'Waar je je Nike's ook koopt, de kassa rinkelt in Holland', *Trouw* 6 november 2017.

Rapport Studiecommissie Belastingstelsel, 'Continuïteit en vernieuwing: Een visie op het belastingstelsel', april 2010, p. 88-91.

Vermeer, R., 'Hybride entiteiten', Rotterdam: Erasmus Universiteit, augustus 2016.

Verbeek, P.T.F.C., 'De nieuwe anti-mismatchbepaling in de deelnemingsvrijstelling', Rotterdam: Erasmus Universiteit, april 2017.